Torino, 15 novembre 2012

Spett.le

Confservizi Piemonte – Valle d'Aosta

C.so Siccardi, 15

10122 Torino

Art. 4 1° co. d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 (cd. spending review 2) – considerazioni interpretative e profili applicativi

1.- L'art. 4 d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012, cd. spending review 2, (in prosieguo: art. 4 Sr2) richiede all'interprete una particolare cautela al momento di individuarne i profili applicativi in ragione dei severi giudizi in tema di tecnica legislativa che la norma ha meritato da parte degli Uffici Legislativi già durante il procedimento di conversione[1].

Tale circostanza e la constatazione della palese distanza dell'articolato convertito rispetto all'originario decreto-legge n° 95/2012 richiedono di avere riguardo all'evoluzione del testo nel contesto del procedimento di conversione del decreto.

A tal fine, è doveroso ripercorre i lavori dei due rami del Parlamento a partire dall'attività del Senato, la cui elaborazione in sede di V Commisione Bilancio referente è risultata decisiva per la formazione della norma in ragione delle successive scelte governative[2].

Ebbene, dai lavori preparatori emerge in primo luogo la condivisa consapevolezza che il riferimento alle società a partecipazione pubblica di cui all'art. 4 fosse circoscritto alle società "*che svolgono servizi nei confronti della sola pubblica amministrazione*"[3] e quindi alla componente di spesa dei "*consumi intermedi delle pubbliche amministrazioni*"[4], da analizzare nel contesto di una norma indiscutibilmente funzionale al contenimento della spesa.

Dalla discussione al Senato in sede di commissione referente che ha proceduto la presentazione della proposta di emendamento 4.1000 dei relatori, intesa a raccogliere gli

[1] Cfr. Parere del Comitato per la Legislazione sul ddl n. 5389 alla Camera dei Deputati, che per il peculiare iter di conversione del provvedimento è riferibile anche al testo dell'art. 4 nella sua attuale formulazione: "*introduce una articolata normativa ... in molti casi ... formulata in modo generico, senza inserirla in un idoneo contesto normativo ed in assenza di clausole di coordinamento (abrogazioni/novelle) con la normativa vigente*"

[2] Si ricorda sinteticamente che l'art. 4 del disegno di legge n° 3396 assegnato alla V Commissione Bilancio del Senato in sede referente è stato oggetto della presentazione di 264 emendamenti, seguiti, dopo la discussione, dalla proposta dei relatori 4.1000 poi oggetto della presentazione di ulteriori sub-emendamenti. Il Governo ha quindi posto la questione di fiducia sull'approvazione dell'emendamento 1.900 (testo corretto) interamente sostitutivo dell'articolo unico del disegno di legge n. 3396 di conversione del decreto-legge n. 95/2012 secondo la proposta di coordinamento C1. La questione di fiducia è stata poi proposta dal Governo anche alla Camera. Di qui la centralità degli assunti della V Commissione Bilancio del Senato.

[3] Cfr. V Commissione Bilancio Senato, 731° seduta del 12 luglio 2012, considerazioni del relatore Pichetto Fratin.

[4] Cfr. V Commissione Bilancio Senato, 736° seduta del 19 luglio 2012, considerazioni dei senatori Agostini e Mascitelli, secondo una terminologia che viene costantemente impiegata sia in sede di commissione che in sede di Assemblea sia al Senato che alla Camera.

spunti di molti fra gli emendamenti presentati e poi sostanzialmente confluita nel testo definitivo, risalta quindi la preoccupazione che un riferimento tanto generico e trasversale alle società a partecipazione pubblica di cui all'art. 4 del d.l. 95/2012 potesse, indiscussa la sua natura di norma di contenimento della spesa, oscurare la peculiare impostazione del provvedimento di "*revisione della spesa con invarianza dei servizi ai cittadini*" che, invece, come giudicato dal relatore, doveva "*essere adeguatamente valorizzata, così da distinguere chiaramente l'eliminazione di costi superflui rispetto alle garanzie di servizio da salvaguardare*"[5].

Di qui, la volontà di chiarire la portata normativa della previsione che escludeva dalla portata dell'art. 4 soltanto "*le società che erogano servizi in favore dei cittadini*" in ragione della sentita necessità di garantire la qualità dei servizi, come rappresentata nei numerosi emendamenti presentati al comma 3 in sede di commissione e poi recepiti per la gran parte nella proposta dei relatori 4.1000[6].

Nello stesso senso si collocavano gli inviti provenienti dalle Commissioni interessate in sede consultiva[7] a sottrarre alla portata della norma le società "*che operano nei servizi pubblici locali*" o che "*svolgono servizi in campo culturale*" e, in ogni caso, a "*tenere conto della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale con particolare riguardo alle sentenze n. 199 e n. 200 del 2012*" sulla base della riflessione che "*lo scioglimento automatico delle società in house è suscettibile di determinare, in alcune ipotesi, un'impropria contrazione dell'offerta di servizi ai cittadini, in particolare nel caso di gestioni economicamente efficienti*" e considerato altresì che "*il ricorso alle società in house è stato incoraggiato dalle istituzioni comunitarie, quando esse siano capaci di agevolare l'attività delle pubbliche amministrazioni, garantendo tempestività, efficienza e trasparenza, in assenza di scopi di lucro*"[8].

In questo contesto, il riferimento poi introdotto al canone dello svolgimento "*di servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica*", secondo l'attuale dizione del comma 3 dell'art. 4, in luogo del precedente richiamo alle "*società che erogano servizi in favore dei cittadini*" chiarisce la volontà quindi del Legislatore di adottare una formula più ampia ed onnicomprensiva dei servizi riferibili alla collettività, proprio in ragione ed in contrapposizione al fatto che la norma intende intervenire sulle società che si occupano di "*consumi intermedi*" della pubblica amministrazione o comunque riferibili alla "*sola pubblica amministrazione*"[9].

Ne consegue che l'art. 4 Sr2 è una norma peculiare ed isolata il cui accostamento all'art. 13 del d.l. 223/2006 convertito in l. 248/2006 s.m.i. (cd. decreto Bersani), di cui certamente non costituisce una riproposizione, deve essere operato con estrema circospezione: le due norme non potrebbero essere più distinte per contesto, genesi e per obbiettivi dichiarati come effettivi.

[5] Cfr. V Commissione Bilancio Senato, 731° seduta del 12 luglio 2012, considerazioni del relatore Giaretta.
[6] Cfr. V Commissione Bilancio Senato 737° del 23 luglio 2012, 739° del 24 luglio 2012, 743° del 25 luglio 2012.
[7] Cfr. XIII Commissione Territorio, Ambiente, Beni Ambientali Senato 358° seduta del 18 luglio 2012 e gli apporti alla discussione là effettuati.
[8] Così il parere della I Commissione Affari Costituzionali Senato 417° seduta del 24 luglio 2012.
[9] In tal senso, anche la lettura del Servizio Studi – Dipartimento Bilancio della Camera dei Deputati nelle Schede di lettura con riferimento all'A.C. 5389 – disegno di legge di conversione del d.l. 95/2012, pag. 108.

In estrema sintesi, l'art. 4 Sr2 è una norma per il contenimento della spesa mentre l'art. 13 cd. decreto Bersani è una norma per la concorrenza.

L'art. 13 cd. decreto Bersani si rivolgeva ad una congerie di società (a totale partecipazione pubblica come miste e con il più svariato oggetto) rispetto alle quali aveva l'effetto di circoscrivere la capacità d'agire estromettendole dal mercato sul quale agivano in ragione di un bilanciamento di interessi attuato dal Legislatore, che ha consentito di legittimare, le cd. società miste in house secondo il modello italiano e tedesco respinto dalla Corte di Giustizia nel 2005[10]. Di qui il senso della fondamentale esclusione del settore dei servizi pubblici locali che appunto sul mercato si ponevano dalla portata della norma intervenuta in sede di conversione e dell'acceso dibattito successivo e funzionale a distinguere le cd. società strumentali dalle società dei servizi pubblici locali.

L'art. 4 si rivolge invece ad una tipologia di società che invece non è stata pensata *ab origine* per interagire con il mercato e infatti si connota per un rapporto monodirezionale con la Pubblica Amministrazione di riferimento che ne costituisce il solo consumatore, come dimostra l'espressione "*che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato",* ove il riferimento al *"fatturato"* e non all'oggetto sociale, secondo invece l'impostazione dell'art. 13 cd. decreto Bersani. Il riferimento al "*fatturato*" dell'art. 4 Sr2 non è altro che la fotografia di una stabile vocazione.

Ne consegue che la sottrazione del settore dei servizi pubblici locali rispetto alla portata applicativa dell'art. 13 cd. decreto Bersani non ha né il valore né il significato del più ampio richiamo ai "*servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica*" contenuto nel comma 3 dell'art. 4 sr2, che esclude appunto dalla portata del relativo comma 1 quelle che svolgono servizi di interesse generale e che costituisce sicuramente uno dei passaggi più meditati del Legislatore in sede di conversione.

2. – L'art. 4 comma 1 Sr2 pertanto si riferisce soltanto alle tipiche società strumentali *in house* predisposte e funzionali al consumo di beni rivolti alla sola Pubblica Amministrazione che non sono in alcun modo funzionali alla collettività. Si pensi alle società *in house* che la legge ha consentito di costituire ai ministeri in caso di gestioni di fondi o specifici progetti.

Prova di quanto sopra è la peculiare dizione normativa impiegata nel comma 1 dell'art. 4 Sr2 che si rivolge alle società che sono titolari di "*un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato".*

Tale dizione riprende testualmente quella contenuta nell'art. 11 della proposta di direttiva in materia di appalti pubblici 20 dicembre 2011[11] e per la precisione ricorre in una delle fattispecie di "*relazioni tra amministrazioni pubbliche*" che l'art. 11 della detta proposta

[10] Si consenta sul punto, vista l'economia del presente lavoro, il rinvio a S. Rostagno, "*Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n° 223 convertito in l. 4 agosto 2006 n° 248 (cd. decreto Bersani) lontano dai principi del Trattato UE e dai modelli di comunitari di collaborazione fra pubblico e privato*", in Giustizia Amministrativa IPZS 2008.

[11] Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011 COM (2011) 896 def.

espressamente sottrae all'applicazione della relativa normativa in materia di contratti pubblici.

In particolare, l'art. 11 della proposta di direttiva citata stabilisce che "*un appalto aggiudicato da una amministrazione aggiudicatrice a un'altra persona giuridica non rientra nel campo di applicazione della presente direttiva, quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) almeno il 90% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate per l'amministrazione aggiudicatrice controllante o per altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione privata*".

Da notare immediatamente per la portata che tale questione assume ai fini dell'interpretazione del successivo comma 5 dell'art. 4 Sr2 come l'art. 11 della proposta di direttiva "stabilizzi" il canone interpretativo della Corte di Giustizia sulle società *in house* e relativo all'attività prevalente in favore dell'ente controllante, quantificando la percentuale del 90%.

E altresì occorre anche sottolineare che tale scelta delle istituzioni comunitarie, più che mai ancora provvisoria fra l'altro, non significa che non esistano o non possano esistere società in *house* che sono tali pur connotandosi per una percentuale di attività inferiore ma semplicemente indica la scelta orientativa di un tetto (90%) al di sotto del quale non sottrarre la società *in house* alla disciplina proposta per gli appalti pubblici.

Ne consegue pertanto che l'art. 4 1° co. Sr2 si riferisce alle società cd. *in house* della pubblica amministrazione, riproponendone le componenti fondamentali, secondo il paradigma giurisprudenziale come fissato nella proposta di direttiva e secondo gli assunti previamente fissati dalla Commissione Europea nel 2011 in merito ai rapporti di cooperazione pubblico-pubblico[12].

Se ne può dedurre che sono sottratte dalla fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 4 le società miste, cui del resto molte regole, come quelle relative alla disciplina liquidatoria, non sarebbero proprio applicabili in particolare in materia di partenariato pubblico-privato.

Il profilo delineato nella fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 4 deve essere necessariamente "*incrociato*" con il regime di esclusione di cui ai commi 3 primo ed ultimo periodo e 13 dell'art. 4 Sr2 e anche con le deroghe di cui ai commi 3, secondo, terzo e quarto periodo e 3-sexies dell'art. 4 Sr2.

3. – Data la *ratio legis* come emergente nei lavori preparatori e sopra ricordata, l'utilizzo della locuzione "*servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica*" segna l'adesione da parte del nostro Legislatore agli indirizzi complessivi che sorgono dal

[12] Cfr. Commissione Europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico"), SEC (2011) 1169 def.

contraddittorio fra Commissione e Parlamento Europeo in materia con conseguente necessità di soffermarsi brevemente sulla nozione di "*servizio di interesse generale*" maturata in sede comunitaria.

Più di tre lustri orsono nella propria Comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa del 1996 la Commissione individuò nei servizi di interesse generale degli strumenti per l'attuazione del mercato unico, secondo una riflessione che per vero si soffermava all'epoca sui servizi a rete transfrontalieri piuttosto che sui servizi (pubblici) a dimensione locale[13].

Ma quel che è più rilevante ai fini della questione che si affronta è che non solo la singola Commissione ma le istituzioni comunitarie nella loro globalità esprimevano una nozione di servizio di interesse generale forgiata su un sostanziale disinteresse verso le attività socio-assistenziali, l'edilizia sociale, i servizi culturali, in quanto appunto ritenuti in parte di basso impatto economico e poco remunerativi ed in parte troppo collegati alle singole politiche sociali degli Stati membri.

Tale atteggiamento del resto ben si sposava con la consapevolezza della diversità dei modelli di organizzazione presenti sul territorio dell'Unione Europea, tale da costituire un dato che si sceglieva di affrontare programmaticamente, precisando che "*la politica europea non è interessata allo <<status>> bensì all'interesse generale e, quindi, alle missioni e alle condizioni alle quali esse sono assolte*"[14].

Il privilegio della funzione rispetto alla forma è il fondamento della decisione della Comunità di articolare la propria azione sin dalle origini secondo il principio di neutralità, ossia l'indifferenza rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese, ed il correlato principio della libertà di definizione, che lascia sostanzialmente agli stati membri di stabilire l'ambito dei servizi d'interesse economico generale.

Compito da svolgere, in forza del principio di sussidiarietà, come ulteriormente affermato dalla Commissione nella comunicazione del 20 settembre 2000, ove si individuava esplicitamente l'art. 86 del Trattato quale parametro di conciliazione fra la prestazione di servizi di interesse economico generale ed il rispetto delle norme delle disposizioni del Trattato CE segnatamente in materia di concorrenza e mercato interno[15].

Ancora nella comunicazione al Consiglio Europeo di Laeken del 2001, rispondendo indirettamente ai timori e alle domande sollevate dalla citata comunicazione delll'anno precedente, la Commissione si preoccupa di ribadire che "*gli Stati membri sono liberi di decidere le modalità con cui il servizio deve essere fornito e possono anche stabilire di*

[13] della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa" in GU C 281 del 26 settembre 1996, pag. 3.

[14] Comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa" in GU C 281 del 26 settembre 1996, pag. 4.

[15] Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale in Europa del 20 settembre 2000 Com (2000) 580 def; cfr. altresì Comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa" in GU C 17 del 19 gennaio 2001 pagg. 9-10.

fornirlo essi stessi, direttamente o indirettamente attraverso altri enti pubblici", salvo decidere di incaricare terzi, con il che le problematiche del procedimento di selezione si saldano con il tema dell'applicabilità delle direttive in tema di appalti pubblici[16] .

Insomma, il dibattito snodatosi attraverso i passaggi cruciali del Libro Verde sui servizi di interesse generale del 2003 [17]e sul successivo Libro Bianco del 2004[18] muoveva dall'adozione da parte delle istituzioni comunitarie di una condotta, seppure apparentemente rispettosa delle forme di espressione adottate dai singoli Stati, attivamente regolatrice del mercato peraltro dei soli servizi di interesse economico generale, genere che del resto all'epoca era il solo a comparire nei trattati.

In altre parole, le istituzioni comunitarie erano focalizzate sui soli servizi di interesse economico generale che ovviamente sono solo una parte dei servizi di interesse generale.

Tale atteggiamento si è riflesso anche nella disciplina italiana di progressiva riforma dell'art. 113 TUEL.

Nel tempo il quadro è cambiato e non si può non percepire una decisa evoluzione il cui punto di svolta può rinvenirsi nel lacerante confronto intervenuto in occasione del licenziamento della direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi del mercato interno[19].

---

[16] Relazione al Consiglio Europeo di Laeken 17 ottobre 2001 Com (2001) 598 def.

[17] Libro verde sui servizi di interesse generale 21 maggio 2003 Com (2003) 270.

[18] Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Libro bianco sui servizi di interesse generale, 12 maggio 2004 COM (2004) 374.

[19] Un esempio significativo della tensione in allora sviluppatasi può rinvenirsi nel "Documento di lavoro" emesso in seno alla Commissione per l'occupazione e gli affari sociali del Parlamento Europeo ove la relatrice Anne Van Lancker riferiva, sposando tali tesi al punto di consigliare il ritiro della proposta della Commissione, che "*molti oratori hanno criticato il carattere orizzontale della proposta ed il fatto che non ci sia alcuna distinzione tra ciò che è di interesse puramente commerciale e ciò che serve l'interesse pubblico. Molti hanno sostenuto che sia i servizi di interesse generale come le cure sanitarie, i servizi sociali, l'istruzione e le attività culturali (....) debbano essere tolti dall'ambito di applicazione (...) Inoltre la proposta non dovrebbe compromettere una futura direttiva sui servizi di interesse generale; al contrario tale direttiva quadro dovrebbe precedere la direttiva concernente i servizi.*". Figlio di tale impostazione è il fondamentale considerando n° 17 della direttiva (cui si correlano immediatamente i considerando n° 21 e 27), per il quale la stessa "***si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico. I servizi di interesse generale non rientrano nella definizione di cui all'articolo 50 del trattato e sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. I servizi di interesse economico generale sono servizi che, essendo prestati dietro corrispettivo economico, rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Tuttavia, alcuni servizi d'interesse economico generale, per esempio quelli che possono esistere nel settore dei trasporti, sono esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva, mentre altri servizi di interesse economico generale, per esempio quelli che possono esistere nel settore postale, sono oggetto di una deroga alla disposizione alla disposizione sulla libera prestazione di servizi stabilita nella presente direttiva.*** *La presente direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi d'interesse economico generale e non si applica alle sovvenzioni concesse dagli Stati membri, in particolare nel settore sociale, in conformità delle norme comunitarie sulla concorrenza. La presente direttiva non si occupa del follow-up del Libro Bianco della Commissione sui servizi di interesse generale*". L'assetto del sistema che emerge dalla direttiva, è completato dal considerando n° 70 della direttiva per il quale "*Ai fini della presente direttiva e fatto salvo l'art. 16 del trattato possono essere considerati soltanto i servizi cui la fornitura costituisca adempimento di una specifica missione di interesse pubblico affidata al prestatore dello stato membro interessato. Tale affidamento dovrebbe essere*

Ne è conseguito il ripudio della teoria dell'economicità radicale che ancora oggi riappare saltuariamente invece nel dibattito italiano e che forse la Corte Costituzionale con la nota sentenza del 20 luglio 2012 n° 199 ha finalmente sgombrato dal campo.

In altre parole, se da una parte il bacino e quindi la nozione di "*servizi di interesse generale*" ha perso definitivamente le attività (sia pure di interesse pubblico) ma spiccatamente riconducibili a servizi disciplinati dalla direttiva 2006/123/CE, allo stesso tempo non coincide più con il genere delle attività industriali, come nel passato, in quanto, in considerazione dell'incidenza dell'interesse pubblico piuttosto che del disequilibrio economico intrinseco al servizio stesso, è ben consentibile che un servizio di interesse economico generale sia comunque addirittura sottratto all'applicazione delle regole del Trattato nel caso in cui l'interesse pubblico sia comunque insanabilmente confliggente[20].

Dal processo evolutivo di cui sopra è scaturita infine la nozione di "*servizi di interesse generale*" cui evidentemente oggi allude il Legislatore dell'art. 4 Sr2 che si trova per la prima volta condensata nella Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007 [21].

Tale nozione non corrisponde più a quella di servizio di tipo industriale direttamente erogato ai cittadini ma è molto più ampio proprio perché parte dalla valorizzazione della nozione di interesse pubblico e così è stato volutamente utilizzato in sede di conversione, come dimostrano i lavori preparatori del resto[22].

In particolare al paragrafo 2 la Commissione chiarisce definitivamente che "*i servizi di interesse generale comprendono un'ampia gamma di attività, che spaziano dalle grandi imprese di rete quali l'energia, le telecomunicazioni, i trasporti, gli audiovisivi e i servizi postali, all'istruzione, all'approvigionamento idrico, alla gestione dei rifiuti, ai* ***servizi sociali*** *e sanitari. Si tratta di servizi essenziali per la vita quotidiana di cittadini ed imprese e rispecchiano il modello europeo di società …. Benché presentino considerevoli differenze di portata e organizzazione in funzione della storia e della cultura dell'intervento statale, possono essere definiti come i servizi – economici e non economici – che le autorità pubbliche classificano di interesse generale e soggetti a specifici obblighi di servizio pubblico. Ciò significa che spetta fondalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio di interesse generale. Le autorità pubbliche possono decidere di erogare essere stesse i servizi oppure di affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro o ppure no*".

effettuato mediante uno o più atti, la cui forma è stabilita da ciascuno stato membro, e precisare la natura di tale specifica missione".

[20] E' poi accaduto puntualmente con il servizio di trasporto pubblico locale tramite il Regolamento 1370/2007/CE entrato in vigore il 3 dicembre 2009.

[21] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e la Comitato delle Regioni 20 novembre 2007 COM (2007) 725 def.

[22] Cfr. chiarimento reso in seduta 743° Commissione Bilancio del Senato dal relatore Giaretta alla senatrice Carloni.

La Comunicazione si diffonde poi su come distinguere fra servizi economici e non economici [23] ma, al di là dell'indubbio interesse della questione, la stessa è irrilevante perché nell'art. 4 Sr2 il Legislatore ha chiaramente affermato che sono escluse dall'applicazione le società che svolgono qualsivoglia tipo di servizio di interesse generale, avente rilevanza economica o meno.

Altrettanto irrilevante diventa allora interrogarsi sulla differenza fra la nozione di servizio di interesse generale in senso comunitario e la nozione di servizio pubblico locale in senso italiano.

A tal proposito, occorre ricordare che nell'ambito dell'ordinamento italiano il servizio pubblico, come sancito ancora una volta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato recentemente[24], ricorre quando: "*Si verte .... in materia di attività obbligatoria ex lege (al ricorrere di determinati presupposti di fatto) disciplinata da fonti di rango primario, che è svolta (anche) a favore di una collettività indeterminata di beneficiari ....., mira al perseguimento di un interesse pubblico ... e, infine, consiste in attività produttiva e di rilievo economico, con conseguente indubbia qualificabilità come servizio pubblico .... Infatti, per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che* ***le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative)****, e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)" ....* vale ribadire che nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari ..., è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico".

Da quanto sopra riportato emerge dunque che nel diritto italiano non si distingue fra servizio divisibile e servizio indivisibile mentre nel diritto comunitario la sussistenza di tale carattere per la ricorrenza dei servizi di interesse generale ha perso di rilievo [25].

4. - Ma la differenza si stempera perchè il Legislatore con l'art. 4 1° co. Sr2 prende in considerazione, per escluderle dall'applicazione della norma, società titolari di fatturato per prestazioni a favore della pubblica amministrazione che svolgono un servizio di interesse

[23] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e la Comitato delle Regioni 20 novembre 2007 cit, pag. 4-5.
[24] Cons. Stato VI, 12 ottobre 2012 n° 5268: cfr. altresì Ibid. 5 aprile 2012, n. 2021; Cons. G.A. Sicilia, 6 ottobre 2010 n° 1266.
[25] cfr. il "*Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema <<Una valutazione indipendente dei servizi di interesse generale>>"* del 14 febbraio 2008 C 162/10 in GUUE 25 giugno 2008 nonché la Comunicazione della Commissione 20 novembre 2007 già citata.

generale, con cui è già il Legislatore a legittimare come non sottoponibile alla disciplina dell'art. 4 e quindi a salvaguardare le società ascrivibili alla nozione di servizio pubblico secondo la più ampia nozione italiana ossia anche quelle che prestano servizi non immediatamente divisibili seppur riconducibili ai singoli.

Ebbene, il comma 3 primo periodo dell'art. 4 sr2 stabilisce attualmente che "*le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica*".

La lettura combinata del comma 1 e del comma 3, primo periodo, dell'art. 4 sr2 comporta pertanto che le società "*che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato*" non debbono essere oggetto della procedura di liquidazione prevista dal comma 1 quando "*svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica*".

Il rilievo della direzione del fatturato è dunque in questa prospettiva del tutto irrilevante ai fini della valutazione dell'inclusione delle società nel regime di esclusione di cui al comma 3, in quanto la stessa costruzione dell'articolato normativo parte da tale dato ("*fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni*") per poi richiedere l'analisi dell'attività svolta dalla società in esame, al fine di comprendere se "*svolgano servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica*".

In altre parole, la sottrazione delle società dall'art. 4 Sr2 non deve dipendere dal fatto che le medesime fatturino direttamente ai cittadini ma dipende (perché la norma pone il problema di principio della sottoposizione o meno alla liquidazione pacificamente per le sole società che fatturano direttamente alla pubblica amministrazione) dal fatto che si possa arrivare alla conclusione che le società, che siano titolari di fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, svolgano un servizio di interesse generale ovvero un suo segmento oppure attività funzionali alll'erogazione, come accade nel contesto dei gruppi di servizio pubblico organizzati secondo la tecnica dell'in house providing, secondo un approdo confortato, del resto, nel tempo dalla Corte Costituzionale[26].

A portare alla conclusione di cui sopra è anche la meditazione della giurisprudenza elaborata nel contesto dell'applicazione dell'art. 13 d.l. 223/2006 convertito in l. 248/2006 s.m.i. che per primo ha individuato le società dei consumi intermedi della Pubblica Amministrazione, secondo peraltro una nozione ben più ampia di quella dell'art. 4 sr2[27] e per finalità ben differenti, come sopra chiarito.

Al netto delle problematiche di stretta pertinenza dell'art. 13 del cd. decreto Bersani e che non interessano l'art. 4 sr2, emerge che le società "strumentali" non sono certamente le società che offrono una attività di servizio pubblico direttamente al singolo cittadino ma nemmeno quelle che offrono un servizio alla collettività o una prestazione comunque finalizzata alla collettività, secondo la segmentazione del processo produttivo inerente i singoli servizi, come ricorda esplicitamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato

[26] Cfr. Oltre alle recenti sentenze n° 199 e 200 del 20 luglio 2012, anche la sentenza n° 325 del 17 novembre 2010 e la sentenza 8 maggio 2009 n° 148.
[27] Cfr. anche le critiche in tal senso rivolte durante la seduta n° 676 del 2 agosto 2012 dell'Assemblea della Camera dei deputati nel contesto dell'intervento dell'on. Lanzillotta.

nell'importante sentenza n° 4346 del 7 luglio 2009 che espressamente chiarì il punto, respingendo una più restrittiva interpretazione[28].

5. – Alla luce di quanto sopra, occorre esaminare i commi 4 e 5 dell'art. 4 Sr2.

Ai fini di tale operazione ermeneutica occorre ancora tenere conto di alcuni elementi.

Al momento dell'emanazione del d.l. n° 95/2012 il Legislatore aveva evidentemente in mente una azione complessiva di riforma nel quadro della quale l'art. 4 d.l. 138/2011 convertito in l. 148/2011 si rivolgeva al settore dei servizi di interesse generale di valenza economica.

Il disegno del Legislatore è stato ostacolato dalla sentenza n° 199 e 200 della Corte Costituzionale che, riaffermando il valore dell'in house, ha fra l'altro posto l'accento sulla compatibilità con le norme comunitarie del comma 8 dell'art. 4 Sr2, come rilevato, fra l'altro, dal parere reso dalla XIV Commissione permanente alla Camera dei Deputati.

Tuttavia la cancellazione dell'art. 4 d.l. 138/2011 non può valere ad attribuire al d.l. n° 95/2012 una valenza generalizzata che non ha, in primo luogo, per la successiva emanazione dell'art. 34 d.l. 18 ottobre 2012 n° 179, che, fra l'altro, sancisce ancora una volta l'estromissione dalla normativa generale in materia di servizi pubblici di importanti settori produttivi.

In secondo luogo, ad impedire tale valenza giunge anche al fatto che ai sensi dell'art. 117 Cost. si hanno fortissime perplessità, come del resto rilevato anche dal parere rilasciato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali in sede di conversione del d.l. 95/2012, che il potere di intervento statale possa comprimere l'autonomia regionale e locale in materia di composizione degli organi interni della società pubbliche da essere controllate e tanto più sotto il profilo della revisione della spesa che non può andare oltre la normazione di principio, secondo gli approdi recenti della Corte Costituzionale.

Ciò premesso, è fatto indiscutibile che le società di cui al comma 1 dell'art. 4 Sr2 sono le società "strumentali" al netto di quelle che svolgono servizi di interesse generale anche di rilevanza economica.

Ne consegue che il comma 5 quando si riferisce alle "altre società" non può che alludere a società che appartengano al medesimo *genus* (e quindi strumentali che non svolgano servizi di interesse generale) ma comunque differenti rispetto ai parametri di cui al comma 1 e quindi *in primis* ai parametri quantitativi che rappresentano l'unico elemento variabile della fattispecie là contemplata.

In tal senso, si è scritto sopra che ad oggi è società *in house* anche quella che ha un fatturato per attività prevalente inferiore a 90%. E che tale tipologia di società esista è confermato anche dal fatto che il Legislatore abbia sentito di dettare una norma come il comma 8 dell'art. 4 che parrebbe altrimenti del tutto incomprensibile ed in contraddizione con la volontà liquidatoria del comma 1.

In conclusione, la norma del comma 5 non si riferisce alle società dei servizi di interesse generale, risultando del resto difficilmente comprensibile ed illogico che tutte le società dei servizi di interesse generale (miste, quotate ecc. ecc.) siano sottratte al comma 5, salvo le controllate totalitariamente.

Tale approdo interpretativo trova conferma in una serie di circostanze.

In primo luogo, il deciso abbandono, in sede di conversione del comma 3 dell'art. 4, della precisazione presente invece nel testo del d.l. n° 95/2012 per cui le (in quella sede) società "*che erogano servizi ai cittadini*" erano comunque sottoposte al comma 5. Il Legislatore avrebbe potuto benissimo mantenere la puntualizzazione della sottoposizione al comma 5 in sede di conversione e invece il riferimento è scomparso.

E rilevante, sotto quest'ultimo profilo, è il fatto che, come anche rilevato dal Servizio Studi della Camera dei Deputati nelle schede di lettura, il testo del maxiemendamento del Governo – nel testo pubblicato in data 31 luglio 2012 – non riproduce la modifica, pure a suo tempo inserita in sede di coordinamento del testo dalla Commissione bilancio nel corso dell'esame in sede referente al Senato, la quale estendeva l'ambito di applicazione della norma restrittiva del numero dei componenti del Cda sostituendo il riferimento alle "società di cui al comma 1" – ossia le società in mano pubblica strumentali con quello più ampio alle "*società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni*".

Dunque, il Legislatore ha inteso espressamente mantenere il riferimento al comma 1 per quanto concerne le società di cui al comma 4 (società strumentali che non svolgono servizi di interesse generale), con il che tale riferimento non può che riverberarsi anche sull'interpretazione del riferimento alle "*altre società*" di cui al seguente comma 5 che è connesso letteralmente alla perimetrazione derivante dal comma 1 (che a sua volta non può prescindere dal comma 3); e all'interno della medesima perimetrazione si deve sviluppare (e quindi riferendosi alle "altre" società strumentali che non svolgono servizi di interesse generale).

Tale interpretazione del resto è la sola che consenta di non portare detrimento al principio dell'autonomia locale nel contesto della regolazione dei servizi pubblici locali e che sia coerente con le caratteristiche di norme sulla spesa dell'art. 4.

Altro elemento interpretativo estremamente importante è che una diversa impostazione si scontrerebbe con il divieto di gestione diretta del servizio pubblico locale che permea il nostro ordinamento (cfr. Corte Cost. 17 novembre 2010 n° 325) e che è indipendente e precedente all'art. 23-bis (e quindi anche alla sua espunzione).

In sintesi, l'introduzione del dipendente pubblico nel consiglio di amministrazione ne fa ovviamente un amministratore e quindi un gestore del servizio pubblico. Altro è, invece, la nomina di un amministratore di fiducia da parte dell'ente locale o la conservazione in sede assembleare di particolari poteri di indirizzo al socio, come invece è teorizzato nel modello in house.

5.1. – In definitiva la sola norma applicabile al settore dei servizi pubblici locali è quella contenuta nel comma 7 primo periodo, che, seppure scontata, ha un rilievo non indifferente

per il mercato dei servizi pubblici, ove operatori in mano pubblica ed operatori privati, che sono sottoposte alle norme sui contratti pubblici solo in ragione dell'attività effettuata, operano insieme. E' appena evidente che diversi sono i costi di approvvigionamento se effettuati necessariamente con il rispetto delle norme in materia di contratti pubblici oppure effettuati al netto delle norme medesime. Il principio della parità di comportamento, seppure ben evincibile dal d.lgs. 163/2006 s.m.i. è ora espresso con una formulazione inequivocabile.

6. - Per le ragioni sopra chiarite si ritiene che il comma 8 non sia riferibile ai servizi pubblici locali mentre ad escludere un simile riferimento per i commi 9, 10, 11, 12 è l'esplicito riferimento alle "*società di cui al comma 1*".

Anzi, il comma 8, proprio alludendo a società strumentali *in house* diverse da quelle di cui al comma 1, sembra esprimere la volontà del Legislatore di confinare l'*in house* nel contesto dei servizi strumentali ad ipotesi limitate, impedendo invece tale operazione per quanto concerne il servizio pubblico locale la pronuncia della Corte Costituzionale n° 199 e 200 del 2012.

Tale interpretazione è del resto la sola che possa consentire la coerenza del comma 8 anche rispetto alla normativa prevista dai settori speciali in materia di approvvigionamento *in house*, che palesemente si sottrae a questa politica del Legislatore che è confinata dunque al mero settore delle società strumentali per beni di consumo intermedio sottratte al mercato e non funzionali alla collettività.

Si rimane a disposizione per ogni chiarimento.

Cordiali saluti.

avv. prof. Simona Rostagno

Corso Re Umberto 75 – 10128 – Torino – Tel. +39011503646 +390115681805 - Fax +390115088680
srostagno@rzstudiolegale.it | P.IVA 10634750011