

*Prof. Avv. Fabrizio Fezza*

Professore Associato di Diritto Commerciale nell'Università di Salerno

PEC all'indirizzo:  
[protocollo@comunedipagani.pec.it](mailto:protocollo@comunedipagani.pec.it)

Spett.le  
COMUNE DI PAGANI  
Piazza G. D'Arezzo  
84015 - PAGANI (SA)

**Alla cortese attenzione del Sig. Sindaco dott. Salvatore Bottone**

OGGETTO: *Parere pro veritate relativo a "analisi generale della fattibilità giuridica ed economica della costituzione di una società partecipata o di una azienda speciale a cui affidare i servizi pubblici comunali, determinando quali siano i servizi che possono essere affidati alla società, in relazione alle esigenze di garanzia dei servizi precedentemente affidati alla fallita MULTISERVICE SRL e quali potrebbero essere altri, anche non precedentemente assegnati alla MULTISERVICE SRL".*

SOMMARIO: **1. I servizi pubblici locali. Nozione. - 2. Servizi dotati di rilevanza economica e privi di rilevanza economica - 3. Segue. Servizi pubblici locali e servizi strumentali - 4. Segue. L'art. 13 del decreto Bersani-bis - 5. Il servizio di riscossione dei tributi locali. - 6. L'attuale disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali e strumentali - 7. Il modello organizzativo in house providing - 8. l'azienda speciale e le differenze con la società in house - 9. la scelta del tipo sociale per la società in house - 10. I rapporti con la fallita Multiservice srl.**

1

**1. I servizi pubblici locali. Nozione.**

La disciplina dei servizi pubblici locali - o servizi di interesse generale - è al centro di una complessa vicenda normativa e giurisprudenziale, interna ed europea. L'inquadramento del tema non può che partire dalla nozione di "servizi pubblici di interesse generale" (SIG) desumibile dagli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che li individua come le attività di produzione di beni e servizi organizzate in forma d'impresa, pubblica o privata, considerate tali dalle pubbliche autorità in quanto riguardanti interessi diffusi della collettività, soggette ad obblighi specifici di servizio, che devono essere assicurate nella loro effettività e qualità minima.

\* \* \*

**2. Servizi dotati di rilevanza economica e privi di rilevanza economica.**

In tale ambito rientrano sia attività di rilevanza economica, sia attività prive di tale rilevanza, diversamente disciplinate dal TUEL con riferimento ai modelli organizzativi di gestione.

I servizi di interesse economico generale, *species* del *genus* servizi di interesse generale, sono quelli che si caratterizzano per essere forniti nell'ambito di un mercato concorrenziale, in cui operano soggetti sia pubblici che privati. In particolare, la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato (e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione); può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appare in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica.

Appare intuitivo, pertanto, che solo i servizi di interesse economico generale pongono problemi di compatibilità dei modelli organizzativi adottati dalla P.A. con le norme a tutela della concorrenzialità dei mercati.

\* \* \*

### **3. Servizi pubblici locali e servizi strumentali**

E' opportuno, adesso, soffermarsi sulla differenza tra *servizi pubblici locali* e *servizi strumentali*. I primi hanno ad oggetto «la produzione di beni ed attività rivolti a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» (art. 113 TUEL); i secondi, invece, sono attività destinate a favore della stessa amministrazione affidante.

I parametri per la qualificazione di un'attività come servizio pubblico possono essere rinvenuti: **a)** nella risposta ai bisogni della collettività secondo termini di valore intrinseco elevati (regolazione di dinamiche socio-economiche); **b)** nella fruizione diretta da parte dei soggetti facenti parte della comunità locale; **c)** nella frequente configurazione dei profili economici relativi alla fruizione stessa secondo moduli tariffari.

Sono servizi pubblici locali ad es. la produzione e distribuzione di energia elettrica, luce, acqua, gas, raccolta e smaltimento rifiuti, trasporto pubblico locale di persone, il trasporto ferroviario regionale.

I servizi strumentali invece sono connotabili come attività finalizzate a sostenere la migliore realizzazione, sul piano operativo, degli scopi istituzionali

dell'amministrazione. Gli indicatori della natura strumentale di un servizio sono individuabili: **a)** nella realizzazione dell'attività soddisfacente necessità proprie della sola amministrazione (senza alcuna proiezione diretta sulla comunità locale); **b)** nella fruizione limitata agli operatori e nell'incidenza ricondotta alle sole strutture dell'ente; **c)** nella delineazione dei profili economici principalmente come dati di costo soddisfatti con risorse proprie dell'ente (disponibilità di bilancio).

Sono servizi strumentali ad es. la progettazione, gestione e sviluppo di programmi informatici; il supporto alle attività tecnico-amministrative del Comune; la valorizzazione gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare, e progettazione e realizzazione di nuove infrastrutture; il «supporto alle attività comunali, con particolare riferimento all'analisi e gestione di pratiche amministrative, raccolta, inserimento, elaborazione e trattamento dati, riguardanti il condono edilizio, l'Ici e il catasto», la riscossione dei tributi locali.

La distinzione tra le due figure non è sempre agevole. Secondo la giurisprudenza più evoluta, peraltro, non è neppure decisivo il meccanismo di remunerazione del servizio. Una recente sentenza del CDS che ritenuto il «servizio di igiene ambientale svolto da una società, il cui costo è remunerato dal comune, costituisce servizio pubblico locale. La nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, infatti, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità (sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574). Ne consegue che, fermi gli elementi essenziali sopra menzionati, la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici e con differenti modalità di remunerazione della prestazione».

Le società strumentali oltre ad erogare servizi strumentali possono espletare anche funzioni esternalizzate degli enti soci. Si tratta di servizi che le strumentali possono svolgere a favore di terzi ma che non sono retribuite dagli utenti del servizio ma dallo stesso affidante. Costituisce funzione esternalizzata ad es. la gestione ed erogazione di fondi comunitari e nazionali da parte di una finanziaria partecipata da una regione a favore delle imprese con sede nel territorio regionale.

Le premesse finora svolte consentono di qualificare come <servizi strumentali> le attività che il Comune di Pagani tuttora svolge per il tramite della fallita Multiservice srl, e che il medesimo Comune si prefigge di riorganizzare in vista dell'imminente cessazione dell'esercizio provvisorio di questa.

Si tratta, in particolare, delle seguenti attività: 1) l'organizzazione e la gestione del servizio relativo all'imposta sulla pubblicità, alle pubbliche affissioni, ed all'occupazione di spazi ed aree pubbliche nel territorio del Comune di Pagani (contratti Rep. 1407/2003 e 1629/2008); 2) l'organizzazione, la gestione e la manutenzione del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale (contratti Rep. 1406/2003 e 1629/2008); 3) il servizio di gestione dei parcheggi senza custodia, nonché l'esazione delle relative tariffe (contratto Rep. 1622/2008).

\* \* \*

#### 4. Segue. L'art. 13 del c.d. Decreto Bersani-bis

L'art 13 del d. l. 233/2006 (c.d. decreto Bersani) ha imposto alle società strumentali diverse limitazioni. In particolare:

- 1) obbligo di operare esclusivamente a favore degli enti costituenti e affidanti e divieto di svolgere prestazioni a favore d'altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara (c.d. esclusività);**
- 2) divieto di partecipare ad altre società od enti;**
- 3) oggetto sociale esclusivo.**

4

La limitazione di cui al punto 1 è probabilmente quella più incisiva. Mentre la Corte di Giustizia Europea si limita a richiedere che la parte più importante dell'attività sia prestata nei confronti dell'ente o degli enti che controllano la società (*prevalenza*), il legislatore nazionale è stato ancora più restrittivo, richiedendo che la società operi esclusivamente per le amministrazioni che la controllano (*esclusività*). Va peraltro precisato che la norma in commento è stata modificata dall'48 della l. 99/2009, in modo da escludere l'operatività del divieto con riferimento ai contratti conclusi al di fuori del territorio nazionale. Pertanto le società strumentali italiane potranno liberamente concludere contratti al di fuori del territorio nazionale.

In secondo luogo, le società strumentali non possono detenere partecipazioni in altre società o in altri enti, salvo il caso delle società finanziarie. A tale proposito, va precisato che il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti è volto ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse. Pertanto, l'art. 13 non vieta loro di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire

a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse. L'art. 48 della legge 99/2009 ha modificato anche la portata di tale divieto, consentendo alle società strumentali di acquistare partecipazioni in altre società od enti, purché questi abbiano sede all'estero.

L'«**oggetto sociale esclusivo**», infine, significa che la società strumentale deve svolgere solamente servizi rivolti agli enti soci o funzioni esternalizzate degli stessi; per quel che in questa sede rileva, la vigente disciplina non dovrebbe consentire che la medesima società svolga servizi pubblici locali e servizi strumentali. La norma sembrerebbe sancire, in pratica, una incompatibilità assoluta tra esercizio di attività strumentali e di servizio pubblico.

La sanzione prevista per le società che non rispettano i divieti di cui all'art. 13 Bersani è la nullità. Sono quindi nulli i contratti di affidamento di servizi pubblici locali o di servizi strumentali o di affidamento di attività di libero mercato provenienti da soggetti terzi cioè non soci della società strumentale; mentre è più dubbio - come meglio si dirà in prosieguo - che il vizio di nullità investa anche il contratto di società che prevede lo svolgimento contemporaneo di servizi pubblici locali e servizi strumentali.

\* \* \*

Sull'art. 13 d.l. 223/2006 si sono pronunciati, autorevolmente, sia la Corte Costituzionale che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In proposito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 326 del 1° agosto 2008, ha rilevato che le disposizioni di cui al d.l. n. 223 cit. sono fondate sulla distinzione fra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra, secondo la Corte, possono essere svolte attraverso società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Le disposizioni in questione mirano - prosegue la Corte - a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli Enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione che il legislatore ha reputato iscorsiva della concorrenza.

Dunque, secondo quanto affermato dalla Corte, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza, disciplina che è

stata ritenuta non irragionevole né sproporzionata rispetto alle esigenze perseguite.

L'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 17 del 04.08.2011, osserva che "Dall'enunciato dell'art. 13, così come interpretato dalla Corte costituzionale, si evince che la limitazione alla legittimazione negoziale delle società strumentali **si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti**, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tale attività. La qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione di servizi pubblici deve essere, invece, riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa (V Sez., 22 marzo 2010, n. 1651).

**Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, come si è detto, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici** (IV sez., 5 marzo 2008, n. 946; V Sez., dec. N. 1651 cit.; 12 giugno 2009, n. 3767; 22 febbraio 2010, n. 1037; 16 novembre 2010, n. 8069)."

Per quel che in questa sede rileva, va evidenziato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, partendo dall'idea che l'art. 13 del decreto Bersani bis, ponendo limiti alla libertà di iniziativa economica, sia norma eccezionale e di stretta interpretazione, fornisce una ricostruzione della disciplina difforme dal dato letterale e, perciò, maggiormente liberale. In particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: **A)** individua la finalità dell'art. 13, d.l. 223/2006 nel limitare l'attività delle società strumentali con enti diversi da quelli costituenti, partecipanti o affidanti, escludendo che esso valga a comprimere la libertà d'azione della pubblica amministrazione con la società da esso interamente partecipata; **B)** interpreta il riferimento all'oggetto sociale esclusivo contenuto nel comma 3 dell'art. 13 nel senso di delimitare l'ambito di applicazione del divieto sancito dal comma 1 alle sole società aventi quale oggetto esclusivo l'esercizio di servizi strumentali, di guisa che la previsione di un oggetto plurimo - comprensivo di attività di pubblico servizio e di attività strumentali - anziché costituire violazione dell'art. 13, comporterebbe l'esclusione della società dall'ambito soggettivo di applicazione del divieto. Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza successiva (TAR Toscana, Sez. I, sent. 04 maggio 2012, n. 865).

**Pertanto, malgrado la lettera della norma parrebbe vietare categoricamente la costituzione di un'unica società che svolga servizi pubblici e servizi strumentali, l'interpretazione sistematica avallata dall'Adunanza Plenaria e dalla Consulta sembra invece ammettere tale opzione - a condizione che lo**

statuto della società ponga quale limite inderogabile l'operatività della società con il solo Comune costituente - derivando dall'oggetto plurimo piuttosto l'inapplicabilità del limite di cui all'art. 13 d.l. 223/2006.

Va infine evidenziato che la legge di stabilità 2014 (d.l. 147/2013), al comma 562, ha sancito l'abrogazione dei commi 1, 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11 dell'art. 4 del dl 95/2012 (la c.d. «spending review») che prevedevano lo scioglimento o la privatizzazione entro il 31/12/2013 delle c.d. «società strumentali», cioè di quelle realtà che nel 2011 avevano conseguito un fatturato da prestazioni di servizi nei confronti di pubbliche amministrazioni superiore al 90% del volume complessivo dei ricavi. Parimenti, il comma 562 ha abrogato i commi da 1 a 7 dell'articolo 9 del dl 95/2012 s.m.i., che prevedevano il divieto di istituzione e la soppressione di enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che esercitavano anche in via strumentale, funzioni fondamentali spettanti ai comuni.

Sopravvivono invece, fra gli altri, i commi 7 e 8 dello stesso articolo, che sanciscono rispettivamente: **1)** la regola secondo la quale le pubbliche amministrazioni dall'1/1/2014 acquisiscono sul mercato tramite gara i beni e servizi strumentali alla propria attività; **2)** l'eccezione alla suddetta regola, secondo la quale a decorrere dalla stessa data l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società in house, conformi a quanto stabilito dalla giurisprudenza comunitaria.

Allo stato attuale della disciplina, pertanto, sono caduti i limiti normativi posti dalle predette disposizioni alla costituzione ed al mantenimento di <società strumentali> da parte dei comuni.

\* \* \*

##### **5. Il servizio di riscossione dei tributi locali**

La legge di stabilità 2014 ha prorogato fino al dicembre 2014 l'attività di riscossione che Equitalia svolge nell'interesse degli Enti locali, rinviando così la cessazione delle sue funzioni e posticipando l'onere per i Comuni di individuare il soggetto al quale affidare la riscossione coattiva dei propri tributi a partire da gennaio 2015. Al contempo, la medesima legge n. 147/2013 ha eliminato i limiti di valore per l'accertamento e per la riscossione dei tributi locali: in tal modo, i Comuni saranno legittimati a notificare ai contribuenti atti di recupero per il mancato pagamento di tributi aventi ad oggetto somme di modestissimo valore.

A partire dal 2011 si sono susseguiti diversi provvedimenti legislativi che, pur prevedendo la conclusione dell'attività di riscossione coattiva sui tributi locali

svolta da Equitalia s.p.a., hanno continuato a rinviarne la definitiva cessazione. Sul punto, si segnala che già il D.L. n. 70/2011 aveva previsto che l'agente della riscossione avrebbe dovuto terminare la propria attività a decorrere dal 1° gennaio 2012. Successivamente, con ulteriori provvedimenti legislativi, il termine era stato posticipato, prima, al 31 dicembre 2012 e poi, ancora, al 30 giugno 2013. L'ultima proroga in ordine di tempo era avvenuta, invece, con il D.L. n. 69/2013, che aveva definito il 31 dicembre 2013 quale limite temporale ultimo non prorogabile. Infine, a legge di Stabilità 2014 ha previsto un nuovo slittamento del termine finale dell'attività di riscossione di Equitalia s.p.a. sui tributi locali, individuato al 31 dicembre 2014.

Pertanto, benché non possa escludersi un'ulteriore proroga, allo stato vi è l'obbligo per le amministrazioni locali di individuare un'alternativa all'attuale agente per la riscossione entro il 31.12.2014.

I comuni, in particolare, potranno adottare tre soluzioni differenti di affidamento della riscossione: a) ad una società esterna, con affidamento mediante gara; b) ad una società *in house*, con affidamento diretto; 3) in gestione diretta.

In alternativa all'affidamento esterno mediante gara, la riscossione potrà essere gestita dal Comune tramite una società *in house* ovvero tramite una gestione diretta.

La gestione diretta, al contrario, permetterebbe che l'azione della riscossione, unitamente a quella di accertamento, sia esercitata dal personale interno all'amministrazione comunale, senza la costituzione di un ulteriore apparato organizzativo (come nel caso di società *in house*).

Nell'ipotesi in cui opti per la gestione diretta, il Comune dovrà individuare il funzionario della riscossione; dovrà cioè nominare un soggetto responsabile che possa esercitare tutte le funzioni attualmente svolte dall'agente della riscossione. Sarà poi compito del Ministero delle Finanze con il sostegno dell'Agenzia delle Entrate verificare la regolarità, correttezza e tempestività delle modalità di svolgimento della riscossione diretta.

Sia in caso di gestione diretta sia in caso di gestione tramite società *in house*, i Comuni potranno esercitare la riscossione mediante lo strumento dell'ingiunzione.

**Il servizio di riscossione dei tributi locali è, per comune opinione, un servizio strumentale; varranno, pertanto le considerazioni innanzi svolte in ordine a tale tipologia di servizi.**

\* \* \*



## **6. L'attuale disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali**

La disciplina giuridica dei servizi pubblici ha subito negli ultimi anni notevoli stravolgimenti, soprattutto in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012, che ha interpretato in chiave estensiva la volontà popolare abrogativa manifestata in occasione del referendum del giugno 2011.

Tale pronuncia, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011 (nel testo conseguente alle ulteriori modifiche apportate dall'art. 9, comma 2, lett. n, dalla legge 12 novembre 2011, n. 138, dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lett. h, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83), adottato successivamente all'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133 del 2008. La Corte ha infatti osservato che la norma abrogata "...si caratterizzava per il fatto che dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i predetti servizi (pubblici), fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni (...)", sottolineando che "con la richiamata consultazione referendaria detta normativa veniva abrogata e si realizzava l'intento referendario di "escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)" (sentenza n. 24 del 2011) e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente", aggiungendo poi che le disposizioni contenute nello scrutinato articolato 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011, hanno dettato "una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010". Secondo la Corte ciò "...rende ancor più remota l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della

*comunità*" (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis, comma 3, d.l. n. 112 del 2008, ma la ancora al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900,00 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione dalla possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, ed anche - in linea con l'abrogato art. 23-bis - in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria che consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico, da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo analogo (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante"; sicché l'analogia - e talora la coincidenza - della disciplina contenuta nel predetto art. 4 con quella di cui all'abrogato art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, ha determinato la "violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile dall'art. 75 Cost".

Per effetto di tale pronuncia, dunque, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono in definitiva essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico - privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una 'gara a doppio oggetto' per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma ne che sostituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) 'analogo' (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano.

L'affidamento diretto *in house* - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici

locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto *in house* (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

\* \* \*

Il referendum del 2011 e l'interpretazione datane dalla sentenza n. 199/2012 hanno sostanzialmente cancellato le numerose disposizioni che hanno espresso, negli ultimi anni, il disfavore legislativo per l'organizzazione dei servizi pubblici locali secondo il modello *in house*, lasciando la materia in una vera e propria condizione di vuoto normativo.

Attualmente, sono poche le norme interne che regolano il fenomeno, sicché la relativa disciplina può essere ricostruita mediante i principi generali del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e, soprattutto, in alcune sue disposizioni in tema di concorrenza, nonché nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (UE) e in quella interna.

Da ultimo, la produzione normativa concernente *l'in house* è ricominciata: l'art. 4, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni; l'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella l. 17 dicembre 2012, n. 221 (commi da 20 a 27); l'art. 13, comma 25-bis, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, nella l. 21 febbraio 2014, n. 9; l'art. 13 del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito, con modificazioni, nella l. 27 febbraio 2014, n. 15; la l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014).

Particolare rilevanza assume, per i servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'articolo art. 34, commi 20-25, del D.L. 179/2012, convertito con modificazioni dalla L. 221/2012, che ha previsto che l'affidamento dei suddetti servizi sia basato su una relazione dell'ente affidante, da rendere pubblica sul sito internet dell'ente stesso. Nella relazione devono essere indicate le ragioni della forma di affidamento prescelta e deve essere attestata la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo. Dalla relazione devono risultare gli specifici obblighi di servizio pubblico e di servizio universale.

Non può non osservarsi che con il decreto sulla "spending review" (il d. l. 95 del 2012, convertito con la legge 135/2012) il Governo ha riprodotto il divieto - censurato dalla Consulta - di procedere all'affidamento diretto alle società con capitale interamente pubblico di servizi di importo superiore alla soglia di 200.000 euro. Dal momento che tale norma è stata adottata in data precedente rispetto alla pronuncia della Corte Costituzionale - il decreto legge è del 6 luglio, laddove la sentenza risulta depositata in data 20 luglio - si pone il problema di stabilirne la compatibilità con quanto statuito dal giudice costituzionale e di conseguenza l'efficacia o meno. È evidente, infatti, che, per analogia, la norma contenuta nell'art. 4 del d.l. 95/2012, in quanto riproduttiva di una disposizione dichiarata successivamente costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, potrebbe essere considerata abrogata in maniera implicita per le analoghe considerazioni che hanno comportato l'illegittimità costituzionale della normativa sui servizi pubblici. Tuttavia, il fatto che tale norma sia stata confermata in sede di conversione del decreto legge, avvenuta successivamente alla pronuncia della Corte, evidenzia la volontà del legislatore di confermarne l'efficacia, nonostante gli evidenti dubbi di legittimità costituzionale della disposizione stessa. Ad oggi, comunque, risultano già proposti da numerose regioni ricorsi alla Consulta per far dichiarare l'incostituzionalità della norma.

12

Va infine segnalata l'abrogazione, ad opera del comma 561 del d.l. 147/2013 s.m.i. (legge di stabilità 2014) dell'art. 14, comma 32 del dl 78/2010, cioè di quella norma che imponeva ai comuni con meno di 30 mila abitanti di mettere in liquidazione le proprie società partecipate o di cederne le quote entro il 30/9/2013, termine di fatto ignorato dalla maggioranza dei comuni interessati, ed a quelli con popolazione compresa fra 30 mila e 50 mila abitanti di mantenere la partecipazione al massimo in una sola società.

\*\*\*

### **7. Il modello organizzativo dell'<in house providing>**

Chiarito, dunque, che tanto i servizi pubblici locali quanto i servizi strumentali possono essere affidati (deve ritenersi, senza limite di soglia) direttamente ad una società all'uopo costituita dal Comune - sol discutendosi se gli uni e gli altri possano essere affidati alla medesima società - occorre approfondire le varie forme di auto-organizzazione dei servizi, al fine di evidenziarne le peculiarità, partendo proprio dal modello c.d. *in house*.

L'affidamento diretto cosiddetto *in house* è istituto di origine comunitaria. La Corte di Giustizia (sentenza Teckal, Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa

C-107/98) ha identificato le condizioni fondamentali per ricorrervi nel "controllo analogo" sulla società da parte degli enti soci e nella "destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante", oltre che nella totalità della partecipazione pubblica. Alla Corte di Giustizia si è conformata la giurisprudenza interna (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832).

Si configura una relazione *in house* solo allorché tra le parti non si possa identificare l'esistenza di un vero e proprio rapporto contrattuale, non essendo ipotizzabile alcuna terzietà sostanziale tra ente locale affidante e soggetto gestore. Ciò si verifica "...solo nel caso in cui, nel contempo, 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 che la controllano..." (Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, cit.).

Il modello operativo dell'*in house* non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439).

La figura si fonda sull'assunto per cui non vi è lesione del principio comunitario della concorrenza allorché possa escludersi che l'azienda affidataria sia un vero imprenditore, circostanza che si verifica ogniqualvolta questa agisca in assenza del così detto rischio di impresa, rilevando solo quale braccio operativo dell'amministrazione, o *longa manus* della stessa. Si verifica così una relazione tra due soggetti che sono solo formalmente, ma non sostanzialmente, distinti.

Requisiti dell'*in house*, che devono sussistere tutti congiuntamente, sono:

**a) la totale partecipazione pubblica.**

Secondo Corte di Giustizia, Grande sezione, 8 aprile 2008, n. 337, "La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società esclude, in ogni caso, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia su detto ente un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi".

Al riguardo, mentre la Corte di Giustizia ha precisato, nelle sue più recenti pronunce, che la presenza dei soci privati rende illegittimo l'affidamento diretto solo se tale partecipazione sussiste al momento della stipula della convenzione (C-371/05 e C-573/07 SEA), la giurisprudenza nazionale, più restrittiva, impone invece che la partecipazione interamente pubblica permanga per tutta la durata della vita della società e sia garantita nel tempo da apposita clausola

statutaria che contempra il divieto di cedibilità ai privati delle azioni (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591).

**b) Il controllo analogo.**

La nozione di "controllo analogo" impone l'esercizio, da parte dell'ente pubblico controllante, di un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Esso diviene nella sostanza un controllo strutturale che si verifica allorché l'ente pubblico abbia un'influenza determinante sugli obiettivi fondamentali e strategici e, dunque, sulle decisioni di maggior rilievo della società.

La giurisprudenza è univoca. Il controllo analogo sul soggetto comporta "un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" (Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Parking Brixen). Il controllo tra l'ente locale socio e la società affidataria deve andare ben oltre quello esercitabile in qualità di semplice socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario (Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio). Dal che consegue che la possibilità di influenza determinante, la quale si deve manifestare in un controllo effettivo e strutturale sul soggetto *in house*, anche se non comporta l'annullamento di tutti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*, è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale da parte dello stesso (Corte Cost. 28 marzo 2013, n. 50).

**c) La prevalenza dell'attività con l'ente affidante**

Le prestazioni devono essere destinate in via principale od esclusiva all'ente di riferimento e, conseguentemente, le altre attività devono avere carattere marginale e sussidiario. Secondo la Corte di Giustizia un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente stesso e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale (Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio).

\* \* \*

La verifica dell'effettività dei requisiti dell'*in house* va condotta in concreto, alla stregua delle previsioni dello statuto del soggetto *in house*. In pratica diviene essenziale il contenuto dello statuto, che, pur lasciato all'autonomia delle parti, dovrà avere una sorta di *standard* minimo perché la società possa essere *in house* e, in particolare, prevedere: **a)** il divieto esplicito di cedere le azioni o di costituire su di esse diritti a favore di terzi, che il codice civile ammette nei

limiti del quinquennio; b) la nomina, da parte dell'ente controllante, dell'organo amministrativo, che costituisce l'essenza del controllo societario; c) le modalità per l'esercizio del controllo analogo sulla società, nel rispetto dei principi del diritto europeo e della relativa giurisprudenza; d) le modalità per l'esercizio dei poteri di indirizzo e di controllo sulla politica aziendale; e) l'obbligo dell'esercizio dell'attività societaria, in maniera prevalente o esclusiva, in favore dell'ente controllante.

\* \* \*

Nell'attuale contesto normativo, occorre chiedersi se l'*in house* sia divenuto modalità di affidamento del servizio sullo stesso piano del ricorso all'evidenza pubblica (con gara semplice, oppure a doppio oggetto ai fini della costituzione di una società mista) e meramente alternativo allo stesso, oppure se la relativa scelta necessiti di una motivata valutazione sulla convenienza economica e finanziaria rispetto alle alternative modalità di affidamento.

Malgrado la richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, gli incentivi al ricorso all'evidenza pubblica, nonché i limiti a cui sono sottoposte le società affidatarie *in house*, che si trovano affermati nell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e successive modificazioni (si vedano i commi 3 e 4 per gli incentivi e il comma 6 per i limiti), inducono una parte della dottrina a ritenere che il ricorso all'affidamento *in house* non sia del tutto libero e che ai fini della sua legittimità sia necessario motivare sulla convenienza (in termini di economicità, efficienza ed efficacia) rispetto all'evidenza pubblica, oppure sull'inutilità della gara ai fini della soddisfazione del bisogno pubblico relativo al servizio.

Secondo Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ha comportato il venire meno del principio dell'eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tuttavia, la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l'opzione tra modello *in house* e ricorso al mercato, non è libera, dovendosi basare 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. La scelta, essendo discrezionale, è sindacabile se priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale.

\* \* \*

## **8. L'azienda speciale e le differenze con la società *in house***

Occorre adesso soffermarsi sulla forma di auto-organizzazione alternativa, fondata sulla gestione diretta mediante azienda speciale, nonché sulle differenze tra tale modello organizzativo e *l'in house*.

L'azienda speciale viene definita dall'art. 114 del Testo Unico come "*ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale*".

I connotati caratteristici di tale modello gestionale sono la strumentalità, la personalità giuridica e l'autonomia imprenditoriale.

La qualificazione dell'azienda speciale quale ente strumentale dell'ente locale rivela l'esistenza di un collegamento inscindibile tra l'azienda e l'ente locale. Seppur dotata di personalità giuridica propria, ed essendo pertanto un soggetto diverso dall'ente locale medesimo, l'azienda speciale mantiene con quest'ultimo una strettissima relazione che si esprime sia nel momento genetico (istituzione ed approvazione dello statuto dell'azienda da parte dell'ente), sia anche durante il suo funzionamento (approvazione degli atti fondamentali, nomina degli organi). "Strumentalità" sta a significare che l'ente locale realizza una forma diretta di gestione del servizio attraverso l'azienda. L'ente locale, dunque, si serve dell'azienda speciale per la gestione di un servizio pubblico e, quindi, per soddisfare un'esigenza della collettività; in quest'ottica spetta esclusivamente al Comune la fase "politica" della determinazione degli obiettivi e della vigilanza sul perseguimento e raggiungimento di questi.

L'azienda speciale, per contro, mal si presta ad essere utilizzata per la gestione dei servizi strumentali, essendo difficilmente giustificabile, sul piano dell'efficienza e dell'economicità, la creazione di una struttura organizzativa autonoma e dotata di personalità giuridica che sia chiamata a fornire beni e servizi alla stessa amministrazione costituente.

L'attribuzione della personalità giuridica, che costituisce il secondo elemento caratterizzante il modello, rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante: essa dunque non appare più come un organo dell'ente locale a legittimazione separata, come era l'azienda municipalizzata prevista dal T.U. n. 2578/25.

L'attribuzione dell'autonomia imprenditoriale costituisce il terzo elemento caratteristico del modello aziendale. Con essa il legislatore ha voluto evidenziare che l'azienda non deve essere vista come un organo di esecuzione delle determinazioni dell'ente locale, ma come un'impresa alla quale si applica, salvo eccezioni, la disciplina del codice civile.

L'art. 114 del T.U.E.L. dopo aver definito l'azienda speciale come "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia



imprenditoriale", stabilisce che essa deve avere un proprio statuto, ma che questo deve essere "approvato dal consiglio comunale"; lo statuto ed i regolamenti disciplinano, nell'ambito della legge, l'ordinamento ed il funzionamento dell'azienda.

La gestione dell'azienda deve essere improntata a criteri di efficacia, efficienza ed economicità. Sussiste altresì l'obbligo di perseguire il pareggio del bilancio attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. Per di più l'art. 114 stabilisce che l'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura dei costi sociali. Atti fondamentali - soggetti all'approvazione dell'ente locale - devono essere considerati, ai sensi dell'art. 114: il piano programma comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra l'ente locale e l'azienda speciale; i bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale; il conto consuntivo; il bilancio di esercizio.

In generale, alla luce delle previsioni legislative, si comprende come l'autonomia imprenditoriale dell'azienda sia limitata non solo dalle peculiarità proprie dell'attività che essa svolge (servizio pubblico), ma anche dall'ingerenza dell'ente locale nella formazione dello statuto, mediante il quale è regolato il funzionamento dell'azienda. Organi della azienda speciale sono il Consiglio di amministrazione, il Presidente ed il Direttore.

Le differenze tra il modello *in house* e l'azienda speciale si rinvergono, principalmente, nelle regole di *governance*, nei criteri di gestione e nell'autonomia patrimoniale.

Sotto il primo profilo, le società *in house* sono sottoposte - per quanto non previsto da norme di diritto speciale - alla disciplina del codice civile, la quale prevede un organo di gestione strutturato cui compete, in via esclusiva, la gestione della società. Benché limitata dal <controllo analogo>, l'autonomia gestionale della società *in house* è maggiore di quella dell'azienda speciale, la quale costituisce un'articolazione interna, ancorché dotata di soggettività giuridica, allo stesso ente Comune.

Sul piano dei criteri di gestione, l'azienda speciale deve perseguire il pareggio di bilancio; la società *in house* è, invece, per lo più caratterizzata dalla causa lucrativa, nel senso che deve perseguire un profitto, da rivolgere sotto forma di utile in favore del Comune socio.

Dal punto di vista dell'autonomia patrimoniale, nell'azienda speciale la personalità giuridica non esclude che il risultato della gestione aziendale concorra alla formazione del bilancio consuntivo dell'Ente; sicché l'eventuale

perdita si traduce automaticamente in una diminuzione del patrimonio dell'ente. Così non è nella società *in house*, che è dotata di autonomia patrimoniale perfetta, di guisa che le perdite di esercizio restano in capo alla società e, di regola, non si traducono in una posta passiva del bilancio comunale.

Dal punto di vista contabile, l'appostamento all'attivo del bilancio comunale della partecipazione all'*in house* consente di neutralizzare il costo dell'investimento di capitale iniziale per l'organizzazione del servizio; diversamente i costi di organizzazione della azienda speciale non sono bilanciati da alcuna posta attiva. Inoltre, l'azienda speciale, a differenza della società *in house*, ricomprende tra i propri costi la remunerazione del capitale conferito.

Non vi sono, invece, differenze da un punto di vista fiscale, nel senso che tanto per la società *in house* quanto per l'azienda speciale trova applicazione il regime Iva, Ires e della tassazione imprenditoriale.

Va peraltro segnalato che l'art. 115, comma 6, TUEL accorda un regime agevolato per il trasferimento di beni dall'ente alla società *in house* sicché, anche sotto il profilo dell'imposizione indiretta, l'opzione per l'azienda speciale non è più vantaggioso.

\* \* \*

18

### **9. La scelta del <tipo> per la società *in house***

Nell'ipotesi in cui le considerazioni finora svolte inducano a preferire il modello *in house*, occorre soffermarsi sulla scelta del tipo societario.

Non par dubbio che la scelta vada compiuta tra i tipi delle società di capitali (s.p.a. ed s.r.l.), che presentano l'indubbio vantaggio dell'autonomia patrimoniale perfetta, ossia consentono di limitare al capitale investito la responsabilità diretta dell'ente per le obbligazioni derivanti dall'attività della società.

Al riguardo, è comune opinione che il tipo SRL si presti più della SPA ad adattare le regole dell'organizzazione societarie alle peculiarità del modello *in house*. Si osserva, infatti, che l'art. 2380 bis c.c., nel sancire inderogabilmente la spettanza dell'attività di gestione all'organo amministrativo della SPA, non è agevolmente conciliabile col requisito del <controllo analogo>. Per altro verso, l'art. 2355-bis consente di stabilire l'inalienabilità assoluta delle partecipazioni alla SPA per un periodo massimo di cinque anni, mentre l'art. 2469 c.c. consente nella SRL una più ampia possibilità di deroga al principio della libera trasferibilità delle quote.

La SRL presenta, inoltre, il vantaggio di una capitalizzazione minima inferiore: la società può essere costituita con un capitale minimo è di €. 10.000 ed, alle condizioni di cui all'art. 2463-bis c.c., addirittura di €. 1; mentre la capitalizzazione minima della SPA, ai sensi del novellato art. 2377 c.c., è di €. 50.000.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che il tipo della SPA non possa essere adoperato. In particolare, occorre evidenziare che alle rilevate difficoltà la SPA contrappone il vantaggio di una struttura finanziaria più complessa (che consente di reperire fondi mediante l'emissione di obbligazioni, strumenti finanziari, azioni speciali ecc.) nonché di poter ricorrere ai c.d. patrimoni destinati, disciplinati dagli artt. 2447-bis e ss. c.c., che consentono di conseguire una separazione gestionale e contabile delle risorse dedicate (e/o di quelle ricavate) dallo svolgimento dei diversi servizi.

\* \* \*

#### **10. I rapporti con la fallita Multiservice srl**

Il Comune di Pagani è tuttora socio unico della MULTISERVICE SRL, società *in house* dichiarata fallita dal Tribunale di Nocera Inferiore che svolgeva – e tuttora svolge temporaneamente, in regime di esercizio provvisorio.

Occorre premettere che la circostanza, di per sé, non impedisce la costituzione di una nuova società di servizi da parte del Comune di Pagani. Per un verso, infatti, il Comune è istituzionalmente tenuto ad organizzare e gestire le funzioni amministrative ed i servizi pubblici che la legge gli affida, di guisa che la vicenda concorsuale della MULTISERVICE SRL non può in alcun modo influenzare l'adempimento dei propri obblighi istituzionali, né limitare l'autonomia organizzativa dell'ente nella organizzazione e gestione futura dei servizi comunali. Per altro verso, le ipotesi illecite conosciute dalla giurisprudenza fallimentare di continuazione della medesima attività della società fallita da parte del socio tiranno, sanzionano non tanto lo svolgimento dell'attività da parte del socio quanto l'illegittima appropriazione, attraverso quell'attività, di *assets* (beni aziendali, clientela, avviamento, ecc.) che vengono in tal modo sottratti alle ragioni dei creditori della società fallita; nel caso di specie, invece, tale sottrazione non è neppure in astratto configurabile: il Comune non si appropria di beni della fallita, ma potrebbe tutt'al più valutare di acquistarli; né può appropriarsi dell'avviamento commerciale della fallita, essendo la società di servizi comunali per sua natura sottratta al mercato.

Riguardo ai lavoratori attualmente alle dipendenze della MULTISERVICE SRL, andrà valutata – anche alla luce di ovvie considerazioni di politica sociale - la

*Prof. Avv. Fabrizio Fezza*

Professore Associato di Diritto Commerciale nell'Università di Salerno

possibilità di acquisirli alle dipendenze della nuova costituenda società di servizi.

Va segnalato, al riguardo, che la legge di stabilità 2014, al comma 563, disciplina una forma di mobilità agevolata dei lavoratori tra società controllate dalle pubbliche amministrazioni. In particolare, si prevede che tali società possono realizzare, sulla base di un accordo tra esse - previa informativa della O.O.S.S., ed anche senza il consenso dei lavoratori - processi di mobilità del personale anche se in servizio, in relazione al proprio fabbisogno legato ad esigenze di riorganizzazione delle funzioni o dei servizi esternalizzati, nonché alla razionalizzazione della spesa ed al risanamento economico-finanziario secondo appositi piani industriali.

Tale mobilità potrebbe realizzarsi mediante l'acquisizione - con le forme di cui al richiamato comma 563 - mediante l'acquisto del ramo d'azienda - composto, evidentemente, dai rapporti di lavoro con le maestranze - che la legge di stabilità espressamente richiama quando menziona l'art. 2112 c.c.

\*\*\*\*

Pur ritenendo di aver esaurientemente affrontato i quesiti sottoposti, si resta a disposizione di codesta Spett.le Amministrazione per eventuali chiarimenti e/o integrazioni.

20

Pagani, 02 ottobre 2014

*Prof. Avv. Fabrizio Fezza*