



NOTA2-2009



Liberalizzazioni & Regolazione

I servizi pubblici locali all'indomani del decreto "Ronchi"

Spunti di riflessione tra aspetti positivi e criticità vecchie e nuove

F. PAMMOLLI, N. C. SALERNO

Sommario

Del Decreto Legge n. 135-2009 (cosiddetto "Ronchi") questa Nota traccia sia gli aspetti positivi sia quelli meno soddisfacenti e critici.

In sintesi, il valore del decreto è soprattutto nell'approccio "laico" con cui stabilisce che l'affido della gestione dei Spl deve avvenire tramite gara conforme ai principi del Trattato CE, ma lasciando praticabili sia l'affido diretto a società mista con socio privato operativo e selezionato tramite asta, sia l'affido *in-house* a società a capitale totalmente pubblico ma previa dimostrazione che questa scelta sia vantaggiosa. L'approccio "laico" si apprezza anche quando è ribadita la proprietà pubblica delle reti (il nocciolo del monopolio naturale) e la proprietà pubblica dell'acqua (bene essenziale e scarso). Sono poste, così, le basi affinché della gestione venga incaricato sempre il soggetto più capace, indipendentemente che abbia natura privata, mista o pubblica. Da apprezzare anche che vengano individuate precise scadenze per la transizione verso questo modello a regime.

Le deleghe per l'attuazione, rivolte a Governo (Ministero per i Rapporti con le Regioni), Conferenza Unificata e Commissioni parlamentari, toccano tutti i punti più importanti, e sarà questo il vero banco di prova della riforma dei Spl. Proprio in questa prospettiva, è utile evidenziare anche gli aspetti trascurati dal decreto, così come altri snodi legislativi e di *policy* che, direttamente o indirettamente, incidono sulla riorganizzazione del comparto.

Restano sottovalutati i ruoli attribuibili sia all'Agcm che alla Corte dei Conti. L'Agcm dovrebbe poter avere maggior peso nelle scelte riguardanti l'affido *in-house*, il dimensionamento dei bacini, l'accorpamento di servizi a domanda debole con servizi redditizi, la vantaggiosità degli affidi multipli. Gli uffici territoriali della Corte dei Conti potrebbero, dal canto loro, essere impiegati e valorizzati nell'espletamento delle gare, come Istituzione *super partes*. Ma queste scelte potrebbero variare a seconda che venga o meno istituita una Autorità dei Spl, oppure che sui Spl vengano espanse le competenze dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas. Su quest'ultimo punto, il decreto non si esprime.

La separazione tra regolatore e gestore è uno dei punti di delega alla decretazione attuativa, ma si sottovaluta che anche nella fase di espletamento delle gare e di risoluzione stragiudiziale delle controversie si sentirà l'esigenza della presenza di soggetti tecnicamente qualificati, *super-partes* e, nel *giuri*, anche di rappresentanza delle organizzazioni dei cittadini-fruitori (potrebbe essere la via più naturale per far funzionare una *class action*).

Non sono, per adesso, colte le tante interconnessioni con la Legge n. 42-2009 sul federalismo fiscale, con il Codice delle Autonomie (*in fieri*), e con il Ddl sulla riforma della legge di bilancio e della legge finanziaria (attualmente in seconda lettura alla Camera).

Resta, infine, eluso il tema della *governance* societaria, che non compare neppure nella lista delle deleghe ai decreti attuativi. Eppure, alcune innovazioni apportate dall'ultima riforma del diritto societario potrebbero trovare applicazioni molto utili in un comparto complesso come quello dei Spl, dove la gestione deve contemperare interessi di vari soggetti, volgendoli al meglio. In particolare, il riferimento va al modello di *governance* cosiddetto duale, che prevede la presenza di un Consiglio di Sorveglianza con funzioni di "filtro" tra L'Assemblea dei Soci e il Consiglio di Gestione.

Alla luce di tutto quanto, la strada per la riorganizzazione dei Spl appare ancora lunga e con tanti snodi giuridici e tecnici da risolvere. Sulla strada segnata dal decreto "Ronchi" bisogna continuare, per dare corpo in tempi rapidi all'impalcatura regolamentare, ovviando anche agli aspetti, non di secondaria importanza, trascurati dallo stesso "Ronchi".

26 Novembre 2009

INDICE

Introduzione	4
I punti principali del decreto	4
Le deleghe ai decreti attuativi	6
<i>Ratio e aspetti positivi</i>	8
Criticità e lacune	10
Eccesso di aspettative sulle gare?	16
Un giudizio complessivo	17
Allegato – L'articolo 15 del D. L. n. 35-2009	19

Il Decreto Legge n. 135-2009 (cosiddetto “Ronchi”) ha ottenuto il voto di fiducia della Camera il 19 Novembre *u.s.*, dopo aver superato il vaglio del Senato. L’articolo 15, “Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di Servizi pubblici locali di rilevanza economica”, modifica e integra l’articolo 23-bis del Decreto Legge n. 112 del 25 Giugno 2008, convertito dalla Legge n. 133 del 6 Agosto 2008. La legge di conversione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 Novembre 2009 (Supplemento Ordinario n. 215). Questa Nota dapprima descrive i tratti salienti dell’articolo 15 (paragrafo 1.), per poi valutarne sia la *ratio* di fondo e gli aspetti positivi (paragrafo 2.), sia le criticità e le lacune (paragrafo 3.) che esso lascia aperte nel percorso, ormai avviato da diversi anni, di riassetto dei Servizi pubblici locali “Spl”). La Nota si chiude con un giudizio complessivo del decreto, fatto di luci ed ombre. È condivisibile l’impostazione generale, che indirizza sulla giusta strada la riorganizzazione; ma, assieme ad alcune contraddizioni riscontrabili nello stesso decreto, restano ancora da sciogliere numerosi snodi, passaggi essenziali per dare concretezza ad un nuovo assetto.

1. I punti principali del decreto

L’ambito di applicazione copre il servizio idrico, il servizio rifiuti, il trasporto locale su gomma, nonché i servizi minori di rilevanza economica. Restano esclusi la distribuzione di energia elettrica¹, la distribuzione di gas naturale, il trasporto ferroviario locale su rotaie, le farmacie comunali.

Il conferimento dei Spl di rilevanza economica avviene in via ordinaria secondo due modalità:

- gara a cui possono partecipare imprenditori o società in qualunque forma costituite²;
- affido a società mista pubblico-privata, con il socio privato selezionato tramite gara con doppio oggetto.

La gara deve essere conforme ai principi del Trattato CE (economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, pubblicità, non discriminazione, mutuo riconoscimento internazionale, proporzionalità). Deve, altresì, essere a doppio oggetto: per l’assegnazione sia della qualifica di socio privato, sia di specifici compiti operativi al socio privato. L’operatività del socio privato giustifica il vincolo che la sua partecipazione al capitale della società mista non possa essere inferiore al 40%.

Esiste una deroga alle due procedure ordinarie: è praticabile l’affido *in-house* a società a capitale interamente pubblico, a condizione che:

- ricorrano motivazioni economiche, sociali, ambientali, geomorfologiche, di contesto territoriale;
- sia rispettata la disciplina comunitaria del controllo analogo, e della prevalenza dell’attività svolta nei confronti dell’Ente/i Locale/i.

Inoltre, per procedere con affido in deroga, è necessario produrre una analisi di mercato che giustifichi l’ottimalità di questa soluzione gestionale, trasmettendone copia all’Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (“Agcm”). Entro sessanta giorni l’Agcm rilascia un parere che ha natura consultiva e non vincolante, e su cui vale il silenzio-assenso. Ai regolamenti attuativi si rimanda la fissazione di soglie qualificanti oltre le quali l’Agcm è

¹ Al riguardo, l’unico riferimento è il termine del 31/12/2012 per la definizione degli ambiti territoriali minimi.

² Da chiarire: anche società di diritto privato create dal pubblico?

chiamata ad esprimersi (e al di sotto delle quali parrebbe non necessario neppure il parere consultivo).

La proprietà delle reti (il nocciolo del monopolio naturale) è pubblica, ma la loro gestione può essere affidata a privati.

È consentito l'affido simultaneo con gara di una pluralità di servizi, purché sia dimostrato (in quel modo? a chi?) che questa soluzione è vantaggiosa. In questo caso, la durata dell'affido è unica e non superiore alla media delle durate dei singoli affidi (così come risultanti dalle normative di settore).

Regioni e Enti Locali si coordinano, d'intesa con la Conferenza Unificata, per individuare:

- i bacini di gara ottimali, per beneficiare di economie di scala/scopo, e per ottenere miglioramenti di efficienza/efficacia;
- le possibilità di integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi redditizi, ai fini della copertura degli obblighi di servizio universale.

La transizione verso le regole di affido appena descritte è normata in maniera dettagliata:

- Al 31/12/2011: Cessano gli affidi *in-house* già in essere al 22/8/2008. È possibile una proroga sino alla scadenza del contratto di servizio solo se, entro il 31/12/2011, almeno il 40% del capitale è ceduto attraverso le modalità ordinarie di affido della gestione dei Spl (*cf. supra*);
- Al 31/12/2011: Cessano gli affidi diretti a società miste per le quali la gara per la selezione del socio privato, ancorché conforme ai principi comunitari, non sia stata a doppio oggetto;
- Le società miste create con gara a doppio oggetto cessano alla scadenza del contratto di servizio;
- Al 30/6/2013 o al 31/12/2015: Cessano gli affidi diretti, in essere alla data dell'1/10/2003, a società a partecipazione pubblica alla stessa data quotate in borsa, o a società da queste controllate. È possibile una proroga sino alla scadenza del contratto di servizio solo se la partecipazione pubblica si riduce e ad una quota non superiore al 40% entro il 30/6/2013, e al 30% entro il 31/12/2015, attraverso Opv (offerte pubbliche di vendita) o collocamenti privati presso investitori qualificati e operatori industriali;
- 31/12/2010: Cessano tutti gli affidi non contemplati nella casistica suesposta.

In altri termini, i soggetti già attivi, che abbiano ricevuto l'affido in maniera difforme da quanto stabilito dal decreto (le due modalità ordinarie più la deroga), vanno a graduale cessazione nei prossimi anni (tra il 2011 e il 2015); per loro c'è, comunque, la possibilità di portare a compimento il contratto di servizio, ma a condizione che aprano in maniera significativa il capitale sociale a nuovi entranti, selezionati tramite gara, Opv o collocamenti privati qualificati.

Non può avvenire la gestione *“di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né l'assunzione di servizi e attività per altri Enti pubblici o privati, né direttamente, né [in capo a controllate, partecipate e controllanti e controllate da una medesima controllante, e neppure quando l'affido avviene tramite gara]”*, quando esiste già un affido in capo a:

- soggetti che gestiscono Spl in virtù di affido diretto;
- soggetti che gestiscono Spl non in base ad esito di gara;
- società miste pubblico-privato contemplate come seconda modalità ordinaria di affido (*cf. supra*);

- soggetti che gestiscono reti/impianti/patrimonio degli Enti Locali, nei casi in cui detta gestione è separata dalla gestione del servizio.

Quando un affidatario³ si trovi nelle condizioni di cui ad una delle quattro precedenti *alinea*, intervengono incompatibilità a concorrere per l'affido di altri servizi e incarichi, sia per committenti pubblici che privati. L'incompatibilità vige per tutta la durata della gestione in essere, e coinvolge tutti i soggetti che si collochino in qualche maniera in relazione di partecipazione con il già affidatario, sia come controllati che come controllanti, sia per via diretta che per via indiretta⁴.

Si tratta di una casistica forte e pervasiva di incompatibilità (*cf. infra*). Sono previste due deroghe che stabiliscono che le incompatibilità non si applicano:

- alle società quotate sui mercati regolamentati;
- al socio privato selezionato secondo la seconda modalità ordinaria di affido (*cf. supra*).

Gli affidatari diretti possono comunque partecipare su tutto il territorio nazionale alla prima gara, successiva alla cessazione della gestione in essere, "*avente ad oggetto i servizi da essi forniti*". Per inciso: la precisazione "*avente ad oggetto i servizi da essi forniti*" è limitativa (solo per questi servizi)? oppure tutto il periodo (il comma) è posto ad evitare una limitazione, e quindi per il riferimento ai servizi da essi forniti debba sottintendersi un "*anche*"?

2. Le deleghe ai decreti attuativi

La lista delle deleghe a Governo, Conferenza Unificata e Commissioni Parlamentari è lunga e impegnativa, e ripercorre il testo originale dell'articolo 23-bis della Legge n. 133 del 6 Agosto 2008. Sono toccati quasi tutti gli snodi più importanti:

- assoggettare gli affidatari *in-house* al Patto di Stabilità Interno ("PdS"), tenendo anche conto delle scadenze per il periodo di transizione;
- richiedere agli affidatari *in-house* e alle società miste pubblico-privato gare per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale;
- permettere che i Comuni più piccoli si associno per un miglior svolgimento delle funzioni (rispettando principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza dell'art. 118 della Costituzione⁵);
- distinguere le funzioni di regolazione da quelle di gestione;
- armonizzare la normativa di base, trasversale per settori, alle normative specifiche dei vari settori;

³ Indipendentemente dalla nazionalità del soggetto e dal Paese dove servizio e reti/impianti/patrimoni sono gestiti.

⁴ Condizioni di incompatibilità forti e pervasive che, se non meglio qualificate, arriverebbero a vietare lo svolgimento di qualunque tipo di attività economica (anche al di fuori del comparto del Spl) per i soggetti collegati, direttamente o indirettamente, con affidatari di Spl non in virtù di gara (ivi compresi anche gli affidatari diretti con socio privato scelto tramite gara).

⁵ "*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*".

- realizzare il principio di reciprocità nel trattamento di imprese estere;
- promuovere, laddove possibile, la concorrenza “nel mercato”, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, e fatte salve le garanzie di universalità e accessibilità dei servizi;
- prevedere idonei schemi di ammortamento degli investimenti, e una durata degli affidi coerente col tempo di recupero degli investimenti (e mai superiore);
- disciplinare la fase di subentro del nuovo gestore a fine affido, con particolare riguardo alla cessione dei beni strumentali per la prosecuzione dell’attività;
- prevedere strumenti di tutela non giurisdizionale degli utenti, per favorire la chiusura rapida dei contenziosi e le correzioni, altrettanto rapide, dei malfunzionamenti (con connesse attribuzioni di responsabilità);
- inserire la nuova disciplina nel Tuel (con le necessarie abrogazioni, cancellazioni e integrazioni).

La portata di queste deleghe fa comprendere come il vero banco di prova della riforma verrà in fase di emanazione dei regolamenti attuativi. In questa prospettiva, è utile riconsiderare alcuni punti della bozza di primo regolamento attuativo dell’articolo 23-bis circolata all’indomani della conversione in legge del Decreto Legge n. 112 del 25 Giugno 2008. Ovviamente questo regolamento non è più attuale, ma se ne possono dedurre alcune considerazioni di cui tener conto per la prossima futura decretazione:

- Era l’Agcm ad individuare le soglie qualificanti oltre le quali doveva pervenire suo parere sulla scelta dell’in-house. Il ruolo dell’Agcm aveva giustamente più spazio;
- Nel bando di gara, si sosteneva che il criterio della qualità e della tariffa dovesse prevalere su quello del prezzo delle quote societarie. Questo ordine di priorità, affermato in maniera così categorica, potrebbe rivelarsi “un’arma doppio taglio”, e favorire offerte esageratamente competitive in termini di tariffazione, ma a scapito di sottovalutazioni del capitale sociale (della società a controllo pubblico che si apre al socio privato, o della quota detenuta dal pubblico all’interno del partenariato pubblico-privato);
- Correttamente veniva prevista la possibilità di escludere dalla gara i raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi, quando l’aggregazione non fosse funzionale a creare una dimensione ottimale, ma suscettibile di strategie di rarefazione dell’offerta e distorsioni della concorrenza. Non si configurava, tuttavia, alcun ruolo per l’Agcm;
- La Commissione di gara veniva nominata dall’Ente Locale, in contrasto con esigenze di terzietà del valutatore, come del regolatore e del *giurì* per la tutela stragiudiziale;
- Per gli affidatari *in-house* e per le società miste pubblico-privato si richiedeva il rispetto delle disposizioni del D. Lgs. n. 163-2006 (il “Codice dei contratti pubblici”) per l’acquisto di beni e servizi. Solo nel caso il socio privato fosse selezionato tramite gara conforme ai principi del Trattato CE, si poteva derogare al D. Lgs. n. 163-2006;
- Agli affidatari *in-house* era richiesto di applicare, ai fini dell’assunzione di personale, il codice di condotta valido per i concorsi banditi dalle Pubbliche Amministrazioni (articolo 18, comma 1, della Legge n. 133-2008). Agli affidatari società miste pubblico-privato con controllo pubblico si chiedeva, invece, di attenersi a principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità (articolo 18, comma 2, medesima legge)⁶;
- Venivano specificate numerose fattispecie di incompatibilità di ruoli e funzioni, anche se questo sforzo non appariva sufficiente a sostituire la mancanza di un assetto di *governance* completo, in grado di contemperare costantemente gli interessi del socio pubblico, del socio privato, dei cittadini, secondo regole trasparenti (*cfr. infra*);

⁶ Il controllo privato escludeva il rimando alla Legge n. 133-2008.

- Ali Enti Locali veniva assegnata la verifica della realizzabilità della concorrenza “nel mercato”, per limitare gli affidi in esclusiva ai soli casi in cui la libera iniziativa economica risulti non idonea a rispondere ai bisogni della comunità⁷. Anche in questo caso, non si configurava alcun ruolo per l’Agcm, nonostante il rilievo per la concorrenza e la necessità che la possibilità di concorrenza “nel mercato” fosse valutata da soggetto terzo, dotato di capacità e strumentazione adeguate e, soprattutto, *super partes*;
- Sempre agli Enti Locali veniva affidata la definizione degli obblighi di servizio pubblico, assieme alle connesse compensazioni per i gestori affidatari. Veniva trascurato un principio di terzietà, particolarmente importante nei casi in cui l’affido è *in-house* o a società mista. La terzietà può essere garantita o tramite la costituzione di una Autorità per i Spl (o di Autorità settoriali per i Spl), oppure coinvolgendo maggiormente l’Agcm anche in questo passaggio.

Sui precedenti punti è auspicabile una riflessione, per affrontare in maniera più preparata e consapevole la fase di decretazione attuativa. Allo stesso scopo, è importante mettere in luce sia gli aspetti positivi che quelli più controversi del decreto “Ronchi”.

3. Ratio e aspetti positivi

Il “Ronchi” muove da una aspirazione condivisibile, che era già stata del decreto “Lanzillotta” (poi arenatosi) nella scorsa Legislatura: definire una normativa di base, trasversale per settori e da raccordare con la normativa specifica settoriale, come primo passo per razionalizzare l’intero assetto dei Spl.

È apprezzabile anche la “laicità” dell’approccio. Le modalità ordinarie di assegnazione prevedono sia la gara sia l’affido diretto a società pubblico-privata con socio privato selezionato tramite gare. L’aspetto qualificante è la gara, non la natura giuridica del soggetto partecipante. Inoltre, continua ad essere possibile l’*in-house* con società a capitale interamente pubblico, ma l’ottimalità di questa soluzione deve essere motivata; e l’*in-house* deve corrispondere di fatto, e non solo formalmente, ad una produzione “interna” al pubblico (con le condizioni di controllo analogo e di prevalenza contrattuale nella fornitura dei servizi), per evitare equivocità e situazioni di non chiara attribuibilità di responsabilità. La necessità di motivare l’*in-house* non può esser vista come una discriminazione del pubblico rispetto al privato (semmai il contrario, visto che si tratta di una deroga allo svolgimento di gara), ma come un vaglio per appurare che il pubblico “meriti” davvero di gestire in autonomia il servizio; un vaglio essenziale in un Paese, come l’Italia, in cui la pubblica Amministrazione è profondamente differenziata, per territorio, nei livelli di efficienza/efficacia nelle capacità di *governance*⁸.

⁷ Gli affidatari in esclusiva venivano assoggettati all’art. 9 della Legge 287-1990 (possibilità di terzi di autoproduzione per uso proprio, della società controllante e delle società controllate, a meno che non esistano ragioni contrarie di ordine pubblico e sicurezza). Gli affidatari in esclusiva, qualora intendessero svolgere attività in altri mercati, erano assoggettati all’art. 8 della Legge 287-1990, commi 2-*bis* (necessità di operare come società separate) e 2-*quater* (obbligo di rendere disponibili a potenziali concorrenti beni, servizi e informazioni a cui si abbia accesso “privilegiato” in virtù dell’esercizio in esclusiva).

⁸ La normativa non può che essere unica a livello nazionale (se non altro perché sono coinvolti sia profili attinenti diritti di cittadinanza che attinenti la concorrenza sui mercati). Un momento di vaglio è necessario per dare un po’ di

Il socio privato deve essere operativo e per questo impegnarsi per non meno del 40% del capitale sociale. Quando c'è, il privato deve assumersi un ruolo effettivo e anche un rischio (è nella definizione stessa di concessione, rispetto a quella di appalto, che ciò debba avvenire). Si ricercano *partner* industriali che apportino capitali e competenze manageriali, e non soggetti interessati solo a *capital gain*. Anche questo è un aspetto positivo, assieme alla richiesta che la gara sia conforme ai principi del Trattato CE e aperta, se è verificata la reciprocità, anche a soggetti esteri.

Vengono poste le basi perché in tutti i settori la gestione possa fare appello alle capacità migliori disponibili, che siano queste private, in partenariato pubblico-privato, o pubbliche. L'importante è che passino il vaglio della gara o che siano opportunamente motivate.

Pienamente condivisibile è la conferma della proprietà pubblica delle reti e dell'acqua. Le prime costituiscono il nocciolo del monopolio naturale (risorsa non replicabile e *asset* di valore ingente); la seconda, pur non essendo tecnicamente un bene pubblico (è escludibile e rivale), è un bene essenziale e integrante diritti fondamentali di cittadinanza su cui è bene restino pieni i diritti di proprietà pubblici⁹.

È individuato un periodo di transizione non troppo lungo, con possibilità per gli affidi in essere di adeguarsi per non decadere prima del tempo, ivi compresi gli affidi a società a controllo pubblico quotate in borsa (che dovranno aprire il capitale a nuovi ingressi privati). Opportuno è che i tempi non restino vaghi, per incidere in maniera chiara sull'evoluzione del comparto ed evitare trascinatori nel tempo o sovrapposizioni di eccezioni e frastagliamento di deroghe.

C'è poi quel principio di generale salvaguardia della concorrenza che passa per il divieto di assumere gestioni ulteriori o gestioni in altri ambiti. Nella giustizia di fondo di questo comma si intravedono anche alcune ombre, di cui si discute nel prossimo paragrafo. Qui ci si concentra sulla *ratio*. Gli affidatari diretti / senza gara, le società miste (ancorché con socio selezionato tramite asta), ed anche i gestori di reti/impianti/patrimonio degli Enti Locali quando non anche gestori del servizio¹⁰, non possono divenire gestori di altri servizi o gestori in altri ambiti territoriali. Il divieto vale lungo tutta la filiera proprietaria, a monte e a valle. Quando l'affido avviene senza una gara "ad ampio raggio"¹¹ o sulla base di considerazioni (quelle alla base dell'affido diretto a partenariato pubblico privato o all'affido *in-house*) che riguardano lo specifico bacino territoriale e lo specifico Spl, si chiede che l'attività resti concentrata sul servizio preso in carico. È una scelta che si condivide: sia per evitare sussidi incrociati (e per questo non trasparenti) tra Spl e tra territori; sia per evitare posizioni di potere di mercato connesse alla gestione di *asset* non replicabili o comunque essenziali; sia per non distogliere impegno e cura dalla gestione di *asset* non replicabili / essenziali (si richiede esclusiva).

articolazione territoriale e permettere di differenziare tra realtà virtuose e non. Il problema irrisolto dal "Ronchi", infatti, è a chi debba essere assegnato il compito del vaglio (*cfr. infra*).

⁹ È la gestione integrata del servizio idrico che può essere affidata al privato. Su questo punto, nei giorni successivi alla pubblicazione del decreto, è circolata tanta cattiva informazione.

¹⁰ È questo uno dei punti critici, e ci si ritornerà nel seguito.

¹¹ Si definisce così, per immediatezza, la gara per l'affido del servizio, diversa da quella per la selezione del socio privato ("gara parziale") all'interno di partenariato a cui il servizio è affidato direttamente.

Nel complesso, tra riserva di proprietà pubblica su reti e acqua, salvaguardie rispetto agli affidi plurimi e richiesta di socio privato operativo e quindi stabile, si può riscontrare un positivo equilibrio nel coinvolgimento del privato, che è lungi dall'essere considerato, in maniera semplicista, come una soluzione *tout court* dei problemi.

Infine, la stesura dei regolamenti attuativi vedrà interagire il Ministero per i Rapporti con le Regioni, la Conferenza Unificata e le Commissioni parlamentari; e va apprezzata questa prospettiva di condivisione che, se ben messa a frutto, potrà portare a soluzioni *bipartizan*, anche se il decreto è stato convertito in legge con voto di fiducia.

4. Criticità e lacune

Dopo aver passato in rassegna gli aspetti positivi, esistono anche criticità e lacune da non sottovalutare. Li si ripercorre per punti:

- (a) L'aspirazione a creare uno zoccolo di normativa di base, trasversale per settori, si scontra con la contraddizione in partenza dell'esclusione della distribuzione dell'energia elettrica, della distribuzione del gas, del trasporto pubblico locale su rotaie, delle farmacie comunali. Inoltre, l'affermazione "*la gestione delle reti, [da mantenere di proprietà pubblica], può essere affidata ai privati*" (comma 5.), nella misura in cui rimanda ad una scelta autonoma e discrezionale dell'Ente Locale (introducendo un'altra deroga alla gara), rischia di escludere dal perimetro di applicazione del decreto anche il servizio idrico, la cui gestione, come si sa, deve essere affidata in modalità integrale, coprendo tutto il ciclo delle acque (dalla captazione sino al trattamento dei reflui) e le funzioni annesse e connesse¹²;
- (b) Sempre con riguardo al perimetro di applicazione del decreto, si deve osservare che, al di là della casistica conclamata, non esista una selezione di quali siano i Spl a rilevanza economica, né sia stabilito a chi spetti compiere tale selezione. La questione non è di immediata risoluzione, anche perché la rilevanza economica dipende dalla scala su cui è condotto il Spl e dalle grandezze economico-coinvolte; varia, di conseguenza, da ambito ad ambito, da Ente Locale ad Ente Locale¹³. Se non si affronta questo snodo, è probabile che tutti i servizi "minori" restino di fatto esclusi dal perimetro di applicazione del decreto;
- (c) Il parere dell'Agcm sull'affido *in-house* sembra, interpretando il più possibile *verbatim* il decreto, solo consultivo, con scarse possibilità di incidere sulle soluzioni prescelte dall'Ente Locale. Data l'ampiezza dei profili su cui l'Ente Locale può basare le sue motivazioni per la scelta dell'*in-house* (ragioni economiche, sociali, ambientali, geomorfologiche), un maggior peso del parere dell'Agcm sarebbe auspicabile, dal momento che sono coinvolte problematiche sostanziali riguardanti la concorrenza. Ma al di là di questo, siccome è presumibile che molti Enti Locali, già impegnati nella gestione, vogliano supportare la continuità della soluzione *in-house*, bisognerebbe

¹² In altri termini, se l'Ente Locale sceglie di mantenere la gestione della rete e di non metterla in gara, inevitabilmente questa scelta coinvolge tutta la gestione del servizio idrico integrato. Sul punto ci si attende una precisazione in fase di regolamentazione attuativa.

¹³ La cura dei giardini in una città come Roma è, probabilmente, di rilevanza economica; non lo stesso si può dire di realtà urbane più piccole (tanto per fare un esempio).

domandarsi se l'Agcm è attrezzato per far fronte, nei limiti dei 60 giorni previsti per il silenzio-assenso, all'analisi di tutti i fascicoli che le perverranno, o se persino il parere consultivo è a rischio di divenire una pura formalità;

- (d) Una possibilità troppo ampia di affidi *in-house* in deroga e, soprattutto, di continuazione degli *in-house* già in essere, senza soluzioni di continuità, introduce un fattore di resistenza allo *status-quo* troppo elevato. Oltre a disegnare un ruolo più proprio per l'Agcm, si potrebbe anche discutere di come far rientrare, tra le motivazioni adducibili dall'Ente Locale a favore dell'*in-house*, i buoni risultati storicamente ottenuti; e, parallelamente, di come far pesare in negativo la cattiva *governance*. È possibile, in qualche forma, ascoltare, in questo passaggio, la voce dei cittadini, fruitori dei servizi pubblici? Sarebbe un novità importante in un Paese con aspirazioni al federalismo e alla sussidiarietà, che sinora si sono espresse molto sulla carta e nei dibattiti politici ed economici, e poco nei fatti¹⁴;
- (e) L'affido simultaneo con gara di una pluralità di servizi è praticabile, ma solo previa dimostrazione della sua vantaggiosità. Qui sorgono due diversi ordini di domande. In primo luogo, perché non si contempla un ruolo dell'Agcm in questo aspetto che tocca, almeno quanto quello dell'opportunità dell'*in-house*, questioni di concorrenza? In assenza di Autorità *super partes* per i Spl, a chi spetterà la valutazione della vantaggiosità? In secondo luogo, resta da specificare che cosa succeda alle *multiutility* esistenti, che non è detto abbiano ottenuto l'affido con gara e, quand'anche, non è detto siano divenute affidatarie dopo il vaglio delle vantaggiosità dell'affido multiplo. Quest'ultima questione non è trattata nel comma dedicato alla transizione, e vi si dovranno necessariamente dedicare i decreti attuativi;
- (f) Regioni e Enti Locali, d'intesa con la Conferenza Unificata, definiscono i bacini di gara ottimali. Questa scelta, preliminare all'espletamento delle gare e all'affido, è più problematica di quanto possa apparire a prima vista. Ci sono, infatti, da contemperare due effetti: da un lato, l'acquisizione di economie di scala e di scopo (queste ultime solo attraverso *multiutility*, con implicito rimando gli affidi multipli di cui al punto (e)); dall'altro, la tutela della pluralità dell'offerta, utile anche a fare *benchmarking* dei risultati¹⁵ e ad "esplorare" la struttura efficiente dei costi, così da ridurre anche la casistica delle ricontrattazioni *ex-post*¹⁶. Evitare dimensioni troppo ampie dei bacini serve anche per tenersi al riparo da tutti i problemi che posso sorgere quando l'affidatario è troppo grande e, su contratti di servizio di durata pluriennale (dieci, venti, trenta anni), può assumere eccessivo potere di influenza sulla controparte (gli Enti Locali, i cittadini), sul regolatore, sull'eventuale *giuri*. E bisogna anche tenersi al riparo da effetti del tipo "*too big to fail*", che emergerebbe quando difficoltà economico/finanziarie di un affidatario troppo grande finissero per coinvolgere problematiche di mercato del lavoro o di discontinuità macroscopiche di prestazioni essenziali, sino a giustificare interventi di salvataggio a carico del bilancio pubblico (sarebbe una eterogenesi dei fini). Anche qui si avverte la mancanza di un ruolo per l'Agcm;

¹⁴ Una sorta di *class action* dei cittadini utenti.

¹⁵ Il *benchmarking* tra affidatari di gestioni in ambiti diversi (magari contigui) può consentire una *proxy* della concorrenza "nel mercato", laddove questo tipo di concorrenza è difficilmente implementabile e sostenibile. Tra l'altro, uno dei punti delle deleghe riguarda proprio la promozione della concorrenza "nel mercato", la concorrenza durante il periodo di affido e non solo al momento della gara.

¹⁶ È una prassi che sinora è stata ricorrente, favorita anche dalla complessità dei Spl e dalle inevitabili incompletezze contrattuali.

- (g) Regioni ed Enti Locali, d'intesa con la Conferenza Unificata, definiscono anche le modalità per integrare servizi a domanda debole nel quadro di servizi redditizi. Se la finalità è quella di facilitare la copertura finanziaria degli oneri di servizio universale (difficili da ammortizzare quando la domanda è bassa), si deve essere consapevoli che questa soluzione può creare sussidi incrociati tra servizi e anche tra territori, tanto più forti quanto più ampi saranno i bacini e gli affidi simultanei. In realtà, la riforma dovrebbe andare proprio nel verso opposto, della esplicitazione e della trasparenza dei costi del servizio universale per due ragioni: valutare la maniera più opportuna per la loro copertura, che si segua la via della componente tariffaria specifica, ovvero si ricorra alla fiscalità generale; richiedere efficienza al gestore su tutte le componenti di costo, non permettendo compensazioni interne che possono nascondere inefficienze o discriminazioni tra Spl e tra territori quanto ad impegno e dedizione alla gestione. Qui sembrano sottovalutate le ricadute distributive, sia interpersonali che territoriali, che l'integrazione potrebbe generare: un controsenso anche alla luce della riorganizzazione federalista dello Stato, che mira senza dubbio a rendere trasparenti e valutabili gli operati di tutti i soggetti che intervengono nella gestione delle risorse pubbliche;
- (h) Mentre si comprende perché al socio privato di società mista affidataria non sia fatto divieto di concorrere per l'affido di altro servizio anche in altro ambito territoriale¹⁷, non è chiaro perché il divieto non valga *tout court* per le società quotate in mercati regolamentati. Sembra si ponga un *favor legis* eccessivo e discriminatorio;
- (i) Sempre in merito allo stesso divieto, non è chiaro perché esso valga sui soggetti che gestiscono reti/impianti/patrimonio degli Enti Locali quando essi non sono affidatari anche della gestione del servizio, mentre lo stesso divieto non scatti in caso di gestione sia dell'*asset* che del servizio. Se è una clausola di salvaguardia della concorrenza, dovrebbe valere a maggior ragione quando in capo ad un medesimo soggetto si assommano gestione di rete/impianto/patrimonio e gestione del servizio che utilizza rete/impianto/patrimonio come *asset* strumentale. Nel servizio idrico potrebbe emergere una situazione singolare: se gli Enti Locali decidessero di affidare (tramite gara) al privato la gestione della rete, siccome il servizio deve essere gestito nella sua interezza (dalla sorgente alla raccolta dei reflui), allora se lo stesso privato risultasse vincitore anche della gara per la gestione del servizio, assommerebbe su di sé le due gestioni (della rete e del servizio), e aggirerebbe il divieto di concorrere per ulteriori affidi, anche in altri ambiti. Se, poi, la gestione della rete idrica fosse affidata, sempre tramite gara, a soggetto di diritto privato ma creata dal pubblico, allora anche questo soggetto sfuggirebbe al divieto. È consigliabile una riflessione complessiva per una migliore declinazione di tutto l'impianto, e anche qui è auspicabile un coinvolgimento dell'Agcm;
- (j) Per concorrere all'affido non è richiesta la forma societaria della società di capitali. Forse sarebbe opportuna una riflessione anche su questo, soprattutto per quanto riguarda i Spl più complessi, di rilevanza economico-industriale. La normativa delle società di capitali (dalla tenuta dei conti, alla certificazione dei bilanci, all'*audit*, etc.) è più impegnativa, ma sicuramente offre molto più garanzie (*latu sensu*);

¹⁷ Ha superato il vaglio di una gara, anche se l'affido resta, nel suo complesso, diretto ("gara parziale"). E comunque il nuovo servizio sarebbe gestito da un soggetto diverso dalla società mista già affidataria del primo servizio.

(k) Una riflessione specifica e approfondita meritano le relazioni tra Ente Locale e soggetto affidatario, di qualunque natura questo sia. Che sarà dei rapporti finanziari tra Ente Locale e soggetto affidatario? Storicamente, si sono osservate ricapitalizzazioni e periodici trasferimenti di risorse per ripiano perdite, anche senza l'apertura di contenziosi per la ridefinizione delle condizioni dei contratti di servizio. La Corte dei Conti ha più volte sottolineato le criticità di questi rapporti in un contesto in cui l'affidatario è *in-house* o con capitale quasi integralmente pubblico¹⁸. Queste criticità inevitabilmente aumentano quando l'affidatario è un soggetto privato o una società mista con il privato presente con quote significative di capitale, perché in questi casi risorse pubbliche, della fiscalità generale, vanno a vantaggio di soggetti privati. Ma non è coinvolto solo un profilo di diritto, pur di massimo rilievo. Affinché non si configurino aiuti di Stato (pubblici in senso lato), i trasferimenti all'affidatario dovrebbero limitarsi: al riconoscimento dei costi del servizio universale (quando non coperti in tariffa; *i.e.* quando non sia stata scelta una tariffa che medi su tutta la platea degli utenti); e al riconoscimento delle quote di tariffa non corrisposte da utenti appartenenti a categorie deboli/svantaggiate. Dovrebbero, in altri termini, limitarsi alle funzioni di natura redistributiva/equitativa che sono proprie dell'intervento pubblico. Coerenza con le osservazioni precedenti porterebbero a dire che, a gara aggiudicata (o a condizioni di affido definite), il rischio impresa deve ricadere interamente sull'affidatario (privato, misto, *in-house* che sia), perché in caso contrario, se diventano facili ricontrattazioni e ripiani perdite: le offerte per la gestione del servizio vengono distorte; i concorrenti sono incentivati ad accettare tariffe e margini di ricavo più bassi anche se non sostenibili; si diffonde la cosiddetta "sindrome dei *soft budget constraint*", che dall'alveo pubblico si dirama anche nel privato. Gli affidatari, di qualunque natura siano, dovrebbero poter fallire, con interruzione del contratto di servizio senza oneri per l'Ente Locale e indizione di nuova gara per nuovo affido¹⁹. Una ipotesi che potrebbe apparire "futurista", ma che si sta affacciando sempre più concretamente nel dibattito federalista in corso, dove si incomincia a discutere anche di casistiche di decadenza dei rappresentanti politici, con nuove chiamate alle urne, e degli amministratori che falliscono obiettivi²⁰;

¹⁸ Recentemente, la Corte dei Conti Sezione Regionale di Controllo del Piemonte (Parere 15/par/2008), o la Corte dei Conti Sezione regionale della Calabria (Parere 80/par/2006). Le coperture delle perdite di esercizio di società che gestiscono Spl non possono avvenire tramite indebitamento in capo all'Ente Locale (il riferimento è l'articolo 119 della Costituzione, come è stato ribadito anche dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 425/2004). Ma anche la copertura con ricorso all'avanzo dell'Ente Locale, pur in linea con le previsioni dell'articolo 194 del Testo Unico degli Enti Locali ("Tuel"), nasconde delle problematiche: infatti, dedicare avanzi a ripiano perdite implica che minori risorse sono disponibili per quegli investimenti infrastrutturali di cui si avverte sempre più l'assenza (a cominciare da quelli dedicati agli stessi Spl).

¹⁹ Senza la possibilità di fallimento, ogni tentativo di fissare condizioni di efficienza, sia in fase di gara che durante l'espletamento del servizio, rischia di rivelarsi vano. I ripiani delle perdite, infatti, deresponsabilizzano i concorrenti all'affido sia rispetto al contenuto delle loro offerte (rendendo praticabili e convenienti offerte "temerarie"), sia rispetto al controllo della gestione nel durante. Ma affinché questa piena responsabilizzazione possa giovare del limite posto dal fallimento, è necessario anche che autorità terze e *super partes* verifichino costantemente la qualità dei servizi, per evitare che il consolidamento del bilancio passi per cadute di qualità e di adeguatezza dell'offerta. Questa funzione di garanzia è ancora molto debole in Italia (*cfr. infra*, il punto sulla terzietà di regolatore/giuri).

²⁰ Oltre all'ipotesi di cessazione del contratto di servizio, potrebbe anche prevedersi una impossibilità per gli amministratori degli affidatari falliti di ricoprire nuovamente cariche all'interno di società di gestione dei Spl. Quanto alla decadenza dal mandato politico o di amministratore di Ente Locale, questa ipotesi deve essere coordinata con: la creazione di un Senato Federale; il disaccoppiamento delle elezioni politiche alla Camera dei Deputati e al Senato Federale; il coordinamento delle elezioni dei Consigli Regionali con quelle dei rappresentanti regionali nel Senato Federale; la definizione di soglie al di sopra delle quali la decadenza, all'interno di una stessa Regione e in un lasso di tempo non troppo breve né troppo lungo, di più amministrazioni comunali, o di una amministrazione comunale di rilievo, comporta l'indizione di nuove elezioni per il Consiglio regionale di quella Regione. Tematiche complesse, che andrebbero affrontate con una visione il più possibile di sistema.

(l) I decreti delegati assoggetteranno al PdS solo gli affidatari *in-house*. Affinché questo avvenga è necessario passare per il consolidamento del bilancio dell'Ente Locale e di quelli degli affidatari *in-house*. Ma allora una domanda e due osservazioni. Le società affidatarie *in-house*, a totale capitale pubblico, possono indebitarsi al fine di coprire perdite di esercizio (uno dei vincoli posti dalla Costituzione e dal PdS agli Enti Locali)? Inoltre, servirebbe un raccordo con la Legge n. 42-2009 (di attuazione dell'articolo 119 della Costituzione) e con il Ddl sulla riforma della legge di bilancio / finanziaria²¹, che di quel consolidamento si occupano. E, poi, perché consolidamento solo per l'*in-house* e non per tutto il complesso delle partecipazioni degli Enti Locali? Così si è più volte espressa la Corte dei Conti, facendo rilevare il rischio di partite implicite che si possono accumulare nel tempo, e di cui l'Ente Locale venga chiamato prima o poi a farsi carico²². Nel Parere n. 17 del 30 Ottobre 2006, la Sezione di Controllo della Corte dei Conti della Lombardia sottolineava l'importanza di non sottovalutare la responsabilità che l'Ente Locale formalmente ha, *in toto* se socio unico ovvero *pro-quota*, per i debiti delle società partecipate/controllate²³. Nello stesso Parere si leggeva che il mancato consolidamento di bilancio "*comporta la possibilità che si creino situazioni occulte di debito che prima o poi finiscano per gravare la collettività locale*"; come anche che queste posizioni occulte modifichino la percezione e la valutazione del "*rispetto degli impegni che lo Stato ha assunto con l'articolo 104 del Trattato di Maastricht nei confronti dell'Unione Europea*"²⁴. Su questi aspetti, tanto critici quanto poco dibattuti e affrontati, sarebbe stato opportuno un coinvolgimento, sia pure in sole vesti di consultazione durante la stesura del decreto, della Corte dei Conti. Ci si augura che questo coinvolgimento avvenga durante la scrittura dei decreti di attuazione;

(m) Appare tutt'altro che scontato, alla luce della precedente alinea (l), che Eurostat esprima giudizio positivo affinché le società miste si indebitino senza effetti sul bilancio pubblico. Fintantoché l'Ente Locale vi mantiene un partecipazione societaria, i risultati della società mista e la sua situazione patrimoniale netta sono riconducibili *pro-quota* allo stesso Ente Locale. Per di più, nella misura in cui la società mista si indebita per copertura perdite, nella sostanza l'Ente Locale riesce ad aggirare, per il tramite della partecipata, il divieto costituzionale di indebitarsi a tale scopo; e questo effetto è tanto più evidente quanto più peso ha l'Ente Locale nel capitale sociale. A ciò di deve aggiungere che la presenza dell'Ente Locale nella compagine azionaria può agevolare il ricorso al debito da parte della società mista, se il *rating* di quest'ultima viene sostenuto dall'aver "alle spalle" un soggetto pubblico con tradizione di salvataggi. Ma se anche Eurostat desse parere favorevole, la necessità di consolidare le partite debitorie nei bilanci dei soci diverrebbe ancor più importante, perché altrimenti si potrebbe generare, su scala ancor più ampia (se si svilupperà il comparto delle società miste, quell'effetto di indebitamento occulto segnalato dalla Corte dei Conti;

²¹ Cfr. http://www.astrid-online.it/Riforma-pr/Atti-parla/Legge-quad/A-S--1397-1/AS-1397b_trasmesso-dalla-Camera-il-13_11_09.pdf.

²² Negli ultimi anni, soprattutto la Corte dei Conti Sezione di Controllo della Lombardia.

²³ Nel Parere, la Corte dei Conti si riferisce in particolare "*alle società di capitali gravate da ingenti debiti*", di cui l'Ente Locale è "*azionista unico o di maggioranza*". Ma il principio giuridico e la *ratio* economica sono *tout court* estendibili a tutta la casistica di partecipazione, sia in società di capitali che, a maggior ragione, in società di altra forma giuridica (come adesso è possibile).

²⁴ La Corte si riferisce in particolare alle società partecipate totalmente o maggioritariamente; ma, anche in questo caso, il principio giuridico e la *ratio* economica sono estendibili a tutta la casistica di partecipazione.

- (n) C'è un altro collegamento con la Legge n. 42-2009 che va evidenziato. Per i servizi fondamentali degli Enti Locali, questa legge introduce il concetto di fabbisogno *standard*: costo *standard* della prestazione unitaria e quantità *standard* di servizio. Il fabbisogno *standard* rappresenterebbe l'ammontare di risorse necessarie a finanziare lo svolgimento dei servizi in condizioni di efficienza/efficacia. Come si ricollega questo concetto con la tariffa che gli Enti Locali inseriranno nelle gare o considereranno negli affidi *in-house*? Sarà una base d'asta, lì dove c'è gara? Un *benchmark*, lì dove l'affido è *in-house* o a società mista pubblico-privata? Gli Enti Locali avranno, nella determinazione dei costi *standard*, la stessa "voce in capitolo" che adesso hanno sulla tariffazione dei Spl? O, più opportunamente, la *standardizzazione* sarà frutto di un sistema di contabilità regolatoria sotto la regia di Autorità dei Spl²⁵;
- (o) È del tutto eluso il tema della *governance* delle società di gestione dei Spl, soprattutto per quanto riguarda i rapporti tra "soci" cittadini²⁶, socio pubblico, soci privati. Eppure, è un tema fondamentale per far volgere al meglio il partenariato pubblico-privato nel caso di affido a società mista, e responsabilizzare sia il pubblico che il privato nel caso di affido con gara o affido *in-house*. Il tema potrebbe essere affrontato in sede di scrittura del Codice delle Autonomie²⁷ (*in fieri*), e mutuare spunti dal nuovo diritto societario²⁸. In particolare, il nuovo diritto societario ha introdotto in Italia la *governance* di tipo duale, che prevede che, come "cuscinetto" tra l'Assemblea dei Soci e il Consiglio di Gestione (nuovo nome per indicare il CdA), sia costituito il Consiglio di Sorveglianza. Quest'organo, composto da persone di specchiata moralità, indipendenza e qualità tecnico-professionali, supervisiona l'operato degli amministratori per conto dell'Assemblea, riportando all'Assemblea ogni qual volta venissero rilevati scostamenti delle scelte di amministrazione rispetto alla *mission*²⁹, o comunque scelte di amministrazione opinabili e sulle quali richiamare l'attenzione dei soci. Un simile assetto potrebbe risultare molto utile nel comparto dei Spl, dove il Consiglio di Sorveglianza potrebbe divenire un punto di riferimento per *mission* complesse come quelle dei Spl, e anche un punto di controllo e bilanciamento per gli interessi concorrenti e non sempre collimanti che coinvolgono la gestione dei Spl (sia quelli diretti dei soci, sia quelli indiretti della collettività). La presenza di un Consiglio di Sorveglianza sarebbe compatibile anche con un affido *in-house* a società con capitale interamente pubblico, come organo terzo a tutela degli interessi della collettività, che non è detto vengano sempre bene interpretati e perseguiti da chi, *pro-tempore*, ricopre incarichi di amministrazione negli Enti Locali. Nel Consiglio di Sorveglianza potrebbe sedere anche un rappresentante del regolatore (Agcm e/o Autorità di settore) e un rappresentante della sezione territoriale della Corte dei Conti³⁰;

²⁵ Tra l'altro, è necessario non cadere anche per i Spl nell'errore metodologico che ha riguardato i livelli essenziali di assistenza in sanità, con la ricerca di improbabili *standardizzazioni* minute da applicare in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale.

²⁶ La platea dei cittadini fruitori e finanziatori, nel cui interesse il socio pubblico dovrebbe costantemente agire.

²⁷ Il Codice delle Autonomie dovrebbe sostituire il Tuel, di cui sarà la "versione" federalista. Sul tema, *cf.* <http://www.astrid-online.it/-le-trasf/Atti-parla/XV-legisla/Disegno-di/index.htm>.

²⁸ Per gli aspetti civilistici, *cf.* D. Lgs. n. 5-2003; per gli aspetti processuali, *cf.* D. Lgs. n. 6-2003.

²⁹ La *mission* come desumibile dal contratto di servizio.

³⁰ Sicuramente si deve evitare di mettere in piedi un sistema farraginoso, ma non si può sottovalutare che quello dei Spl è un comparto complesso, sia sul piano economico-gestionale che su quello socio-politico; e a tale complessità deve corrispondere una *governance* che sia all'altezza. Per le società di gestione dei Spl, l'adozione in sede statutaria del modello duale darebbe un chiaro segnale di trasparenza che aiuterebbe anche ad attirare *partner* privati. E, considerato che il nuovo codice del diritto societario consente un'ampia autonomia statutaria, il coinvolgimento, nel Consiglio di Sorveglianza, di rappresentanti della collettività porterebbe un ulteriore segnale positivo.

(p) Da ultimo, una delle deleghe effettivamente riguarda la separazione tra gestione e regolazione. Questo passaggio meriterebbe una maggior declinazione. È senza dubbio corretto che il regolatore sia terzo, *super partes* e qualificato sotto il profilo tecnico, sia quando l'affido avviene con gara che quando l'Ente Locale ricorre all'*in-house* o ad affido diretto a società mista³¹. Non si affronta, però, il tema delle gare e, in particolare, dei soggetti che ne devono curare l'espletamento; garanzie di correttezza, trasparenza, omogeneità di trattamento sono necessarie anche in questa fase³². Se, da un lato, non si può pretendere che l'Ente Locale resti fuori dalle commissioni (si tratta pur sempre dell'affido di un Spl che riguarda il suo bacino di cittadini, il suo bacino di elettori), si può comunque stabilire che nelle commissioni debbano sempre esserci membri *super partes* con funzioni di garanzia sia formale che sostanziale. Questa funzione di garanzia dovrebbe esplicitarsi sin dalla stesura del contratto di servizio, che è il documento deputato a contenere i riferimenti/parametri della gara³³. E sarebbe importante che una prospettiva del tutto simile venisse estesa al soggetto, il *giuri*, chiamato a dirimere le controversie per via stragiudiziale: non si può certo chiedere che l'Ente Locale non abbia voce in capitolo, soprattutto quando l'affido non è né *in-house* né a società mista³⁴; ma è importante che il *giuri* sia un organismo composito, in cui siedano anche qualificati soggetti *super partes*, e anche rappresentanti diretti dei cittadini fruitori. Mentre per le funzioni di regolazione la soluzione è quella di istituire Autorità di settore o espandere le competenze già esistenti dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas e dell'Agcm, per l'espletamento delle gare di affido si potrebbe discutere di un coinvolgimento sia di rappresentanti del regolatore che degli uffici territoriali della Corte dei Conti. Nel *giuri* potrebbero sedere sia rappresentanti del regolatore (come referenti sugli aspetti più tecnici) che rappresentanti delle organizzazioni dei consumatori (in modo da permettere una *voice* dal basso), oltre a persone di specchiata moralità e probità che diano garanzie di equilibrio nelle decisioni.

5. Eccesso di aspettative sulle gare?

Il precedente paragrafo ha sollevato numerosi aspetti critici e lacunosi, la maggior parte dei quali non attribuibili al testo del decreto "Ronchi" di per sé, ma alle condizioni complessive del quadro normativo e regolatorio del comparto del Spl, in evoluzione ormai da tanti anni.

³¹ Così come la letteratura economica riporta dei rischi di "cattura" del regolatore da parte del regolato, allo stesso modo, nello svolgimento di attività con obblighi di servizio universale, di *standard* qualitativi minimi, tariffati e soggetti a incompletezza contrattuale negli accordi, si intravede anche la possibilità di "cattura" del pubblico da parte del privato o del privato da parte del pubblico. Se così fosse, invece di riuscire a fare appello alle virtù migliori dell'uno e dell'altro, si rischierebbe la trasmissione dei possibili difetti del privato al pubblico (*moral hazard* nel rispetto del contratto di servizio, ricerca del profitto a scapito della qualità, tendenza a sfruttare posizioni di potere di mercato, tendenza a sfruttare le possibilità di indebitamento grazie alla garanzia implicita del salvataggio pubblico, etc.), e viceversa dal pubblico al privato ("sindrome dei *soft budget constraint*", perseguimento di obiettivi occupazionali per il tramite dei Spl, fenomeni di ciclo economico-politico, corruzione, etc.).

³² Se alla gara si deve ricorrere, deve essere gara vera; e tale deve anche chiaramente apparire all'esterno. Altrimenti, è preferibile seguire altre vie, con totale responsabilizzazione degli Enti Locali, divieto di ripiani delle perdite di esercizio, concreta possibilità di fallimento della società di gestione, e di decadenza e ineleggibilità degli amministratori locali e dei rappresentanti politici. Accettando anche che gli *standard* di delle prestazioni possano, nel tempo, anche differire di molto da Regione a Regione, da bacino a bacino.

³³ Per evitare che clausole eccessivamente e inutilmente restrittive possano, per esempio, ridurre drasticamente il numero di potenziali concorrenti.

³⁴ Non si può negare all'Ente Locale il dovere/diritto di tutelare i suoi cittadini-elettori. Si partirebbe, altrimenti, da un preconcetto negativo sulla qualità della rappresentanza politica e amministrativa locale.

C'è anche da considerare che, come si è detto, i Spl si trovano all'incrocio di una serie di riforme *in itinere* che incideranno significativamente sui rapporti tra livelli di governo, sui tempi e sulle modalità di redazione dei documenti di finanza pubblica, sulle regole di consolidamento dei bilanci delle Regioni e degli Enti Locali. Alla luce dello stato di incompletezza e delle incognite sull'evoluzione del quadro normativo-regolamentare dei Spl, è prudente non porre troppe aspettative sull'esito delle gare e soprattutto sulla partecipazione dei privati, che potrebbero esser tenuti lontani dall'incertezza e dai margini ancora troppo ampi di discrezionalità in capo agli Enti Locali.

Se non si compiono progressi certi e chiari nei prossimi due/tre anni, alle scadenze previste per la transizione (pagg. 4 e 5) potrebbe generarsi un eccesso di domanda di capitali privati, con dei paradossi e dei rischi:

- In mancanza di concorrenti all'affido, sarebbe necessario, come soluzione residuale, ricorrere agli affidi *in-house*, nella maggior parte dei casi confermando le gestioni in essere. L'*in-house* non diverrebbe una deroga alla gara, opportunamente da motivare, ma una soluzione obbligata, senza possibilità di distinguere le realtà dove i Spl sono stati condotti bene e quelle dove i risultati sono stati scadenti o addirittura negativi;
- Anche qualora si riuscissero a completare delle gare, ne risulterebbe sminuita la capacità della gara di selezionare l'affidatario più adatto e di far emergere le condizioni di efficienza. Infatti, è probabile che le situazioni di incompletezza/incertezza tengano lontani gli investitori migliori, quelli con più capacità di assumere l'operatività dei Spl o di diventare *partner* industriali degli Enti Locali; mentre le stesse situazioni risultino convenienti per i soggetti di minor qualità imprenditoriale, che scontano già da subito la possibilità di ricontrattazioni *ex-post*, di *bailing-out* da parte dell'Ente Locale, di atteggiamenti di *moral hazard* sulle clausole contrattuali una volta ricevuto l'affido)³⁵;
- Se, infine, si tentasse di attirare il più possibile i privati a prender parte alle gare, compensando per loro l'incompletezza/incertezza dell'assetto dei Spl, si potrebbe cadere in una duplice tentazione: o accettare tariffe più elevate e comprensive di un vero e proprio premio per il rischio; oppure, per le società pubbliche che si aprono al partenariato o che vendono quote di capitale tramite Opv o collocamenti privati, di sottovalutare, di "svendere" gli *asset* pubblici³⁶, per prospettare al privato entrante anche un immediato *capital gain*.

In tutti e tre i casi, si tratterebbe di vere e proprie eterogenesi dei fini, per una riforma che punta alla razionalizzazione, alla responsabilizzazione, all'individuazione dei soggetti più adatti alla conduzione operativa dei Spl, e all'efficienza. Dei tre casi, il più probabile resterebbe il primo, con il ricorso agli affidi diretti e la tendenza alla conservazione dello *status quo*. Per evitare che questo accada, è necessario il massimo impegno, sia nella decretazione attuativa delegata espressamente dal "Ronchi", sia per risolvere le criticità e le lacune coinvolgenti la gestione dei Spl, anche al di là del "Ronchi".

6. Un giudizio complessivo

Del Decreto Legge n. 135-2009 (cosiddetto "Ronchi") questa Nota traccia sia gli aspetti positivi sia quelli meno soddisfacenti e critici.

In sintesi, il valore del decreto è soprattutto nell'approccio "laico" con cui stabilisce che

³⁵ Un effetto simile a quello di "*market of lemons*" identificato nell'economia dei contratti.

³⁶ Nella valutazione del patrimonio netto della società preliminare alla definizione del valore delle quote societarie.

L'affido della gestione dei Spl deve avvenire tramite gara conforme ai principi del Trattato CE, ma lasciando praticabili sia l'affido diretto a società mista con socio privato operativo e selezionato tramite asta, sia l'affido *in-house* a società a capitale totalmente pubblico ma previa dimostrazione che questa scelta sia vantaggiosa. L'approccio "laico" si apprezza anche quando è ribadita la proprietà pubblica delle reti (il nocciolo del monopolio naturale) e la proprietà pubblica dell'acqua (bene essenziale e scarso). Sono poste, così, le basi affinché della gestione venga incaricato sempre il soggetto più capace, indipendentemente che abbia natura privata, mista o pubblica. Da apprezzare anche che vengano individuate precise scadenze per la transizione verso questo modello a regime.

Le deleghe per l'attuazione, rivolte a Governo (Ministero per i Rapporti con le Regioni), Conferenza Unificata e Commissioni parlamentari, toccano tutti i punti più importanti, e sarà questo il vero banco di prova della riforma dei Spl. Proprio in questa prospettiva, è utile evidenziare anche gli aspetti trascurati dal decreto, così come altri snodi legislativi e di *policy* che, direttamente o indirettamente, incidono sulla riorganizzazione del comparto.

Restano sottovalutati i ruoli attribuibili sia all'Agcm che alla Corte dei Conti. L'Agcm dovrebbe poter avere maggior peso nelle scelte riguardanti l'affido *in-house*, il dimensionamento dei bacini, l'accorpamento di servizi a domanda debole con servizi redditizi, la vantaggiosità degli affidi multipli. Gli uffici territoriali della Corte dei Conti potrebbero, dal canto loro, essere impiegati e valorizzati nell'espletamento delle gare, come Istituzione *super partes*. Ma queste scelte potrebbero variare a seconda che venga o meno istituita una Autorità dei Spl, oppure che sui Spl vengano espanse le competenze dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas. Su quest'ultimo punto, il decreto non si esprime.

La separazione tra regolatore e gestore è uno dei punti di delega alla decretazione attuativa, ma si sottovaluta che anche nella fase di espletamento delle gare e di risoluzione stragiudiziale delle controversie si sentirà l'esigenza della presenza di soggetti tecnicamente qualificati, *super-partes* e, nei giurì, anche di rappresentanza delle organizzazioni dei cittadini-fruitori (potrebbe essere la via più naturale per far funzionare una *class action*).

Non sono, per adesso, colte le tante interconnessioni con la Legge n. 42-2009 sul federalismo fiscale, con il Codice delle Autonomie (*in fieri*), e con il Ddl sulla riforma della legge di bilancio e della legge finanziaria (attualmente in seconda lettura alla Camera).

Resta, infine, eluso il tema della *governance* societaria, che non compare neppure nella lista delle deleghe ai decreti attuativi. Eppure, alcune innovazioni apportate dall'ultima riforma del diritto societario potrebbero trovare applicazioni molto utili in un comparto complesso come quello dei Spl, dove la gestione deve contemperare interessi di vari soggetti, volgendoli al meglio. In particolare, il riferimento va al modello di *governance* cosiddetto duale, che prevede la presenza di un Consiglio di Sorveglianza con funzioni di "filtro" tra l'Assemblea dei Soci e il Consiglio di Gestione.

Alla luce di tutto quanto, la strada per la riorganizzazione dei Spl appare ancora lunga e con tanti snodi giuridici e tecnici da risolvere. Sulla strada segnata dal decreto "Ronchi" bisogna continuare, per dare corpo in tempi rapidi all'impalcatura regolamentare, ovviando anche agli aspetti, non di secondaria importanza, trascurati dallo stesso "Ronchi".

26 Novembre 2009

Allegato - L'art. 15 del D. L. n. 135 - 2009

Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Europee [G.U. n. 223 del 25-9-2009]

Art. 15.

Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di Servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. All'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono apportate le seguenti modificazioni:
 - a) al comma 1, terzo periodo, dopo le parole: «in materia di distribuzione del gas naturale», sono inserite le seguenti: «, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.».
 - b) i commi 2, 3 e 4 sono sostituiti dai seguenti:

«2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

 - a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;
 - b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata

pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.»;

c) dopo il comma 4, e' inserito il seguente: «4-bis. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in forza dell'autonomia organizzativa e funzionale attribuita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni, individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.»;

d) i commi 8 e 9 sono sostituiti dai seguenti:

«8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e' il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012; ove siffatta condizione non si verifichi, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31

dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

9. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato.»;

e) al comma 10, primo periodo, le parole: «centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» sono sostituite dalle seguenti: «il 31 dicembre 2009»;

f) al comma 10, alla lettera a) la parola: «diretti» è sostituita dalle seguenti: «cosiddetti in house» e dopo le parole: «patto di stabilità interno» sono inserite le seguenti: «, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8,»;

g) al comma 10, la lettera e) è soppressa.

2. All'articolo 9-bis, comma 6, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, il quarto periodo è soppresso.

CERM - *Competitività, Regolazione, Mercati*
Via G. Poli n. 29
00187 ROMA, Italy
Tel.: 06 - 69.19.09.42
Fax: 06 - 69.78.87.75
www.cermlab.it
cermlab@cermlab.it

Competitività
Regolazione
Mercati

CERM

CERM pubblica

Note, Quaderni e Rapporti



FR - *Finanza Pubblica & Riforme* | **LR** - *Liberalizzazioni & Regolazione* | **IP** - *Innovazione & Produttività*