

Una prima lettura delle novità nel settore dei servizi pubblici locali alla luce dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008

di Stefano Pozzoli

Premessa

L'art. 23 bis, recentemente introdotto nell'ambito della "manovra estiva" (D.L. 112/2008, convertito con modificazione nella L. 133/2008) si propone di regolamentare i servizi pubblici locali a rilevanza economica¹.

Ne restano perciò esclusi sia i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sia, cosa certo inopportuna, i c.d. servizi intermedi, che restano quindi normati dall'art. 13 della legge Bersani (D.L. 223/2006).

La scelta del legislatore di riformare la materia è stata senza dubbio opportuna, in quanto gli interventi parziali operati nell'ambito delle due leggi finanziarie che si sono susseguiti nel corso del Governo Prodi avevano fatto emergere l'esigenza di una normativa di riferimento che fosse completa e coerente.

In verità questo obiettivo è stato, almeno per ora, raggiunto solo in parte, sia perché siamo ancora in attesa dei regolamenti che dovranno essere emanati ai sensi del c. 10, sia perché alcune delle norme emanate sembrano in parziale contraddizione tra di loro o, comunque, necessitano di un approfondito lavoro interpretativo.

Si deve dire, poi, che il lavoro di mediazione e di integrazione fatto dal Parlamento in sede di conversione del decreto legge non ha certo giovato alla coerenza interna alla norma, anche per via della forte complessità del fenomeno che si intende con essa regolare.

La riforma

L'obiettivo del legislatore di riordinare complessivamente il settore appare chiaro fin dal c. 1, nel quale si precisa che "le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili". Si vuole quindi che la norma si imponga sulle discipline speciali. Scelta giusta, ma che incappa nella mancata regolamentazione, come si è detto, dei servizi

¹ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella comunicazione "Applicazione delle procedure per la richiesta del parere all'Autorità Antitrust ai fini dell'affidamento in deroga di servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 (convertito nella L. 133/2008)" li ha definiti come «...tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale...».

intermedi e di quelli privi di rilevanza economica, il che porterà inevitabilmente al classico gioco delle tre carte, dal momento che la classificazione del servizio in un modo o nell'altro, non di rado, viene fatta proprio in ragione dei fastidi che riguardano questo o quel comparto.

Coerentemente con quanto previsto dal c. 1, inoltre, al c. 11 si afferma che anche "l'articolo 113 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo". □ La qual cosa è giusta e condivisibile, ma sembra una ripetizione rispetto a quanto previsto al c. 10, lettera m), dove si dà mandato al governo di "individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo" con apposito regolamento. □

La via "ordinaria" di affidamento e quella "eccezionale"

La scelta dell'art. 23 bis - e non potrebbe essere altrimenti allo stato attuale della legislazione - è quella di stabilire che "il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici" (comma 2).

La dichiarazione permette così di superare la pari-ordinazione che era prevista dall'art. 113 del Tuel tra forme di gestione e che riprende nei tratti generali quanto già previsto dal disegno di legge di iniziativa governativa della passata legislatura ed il cui percorso è stato interrotto dalla crisi e dalle conseguenti elezioni anticipate.

Però dopo questa affermazione di principio, al comma 3, è subito previsto che "in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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 nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria", ovvero si può procedere all'affidamento diretto.

Viene poi precisato, al comma 4, che, "nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base a un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione". □ Il tempo dirà se la previsione di legge è troppo a maglie larghe oppure no. Tutto, francamente, lascia intendere di sì: non solo perché in fase di approvazione abbiamo dovuto assistere alla discussione se il parere dovesse avere natura autorizzatoria o meno, ma anche perché la unica vera prova dell'esistenza "di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali

e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” che “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato” è, in realtà, proprio una verifica di mercato e cioè:

- una gara che vada deserta per assenza di partecipanti idonei;
- l’affidamento diretto ad una società in house che, alla base d’asta prevista, sia in grado di mantenere l’equilibrio economico a valere nel tempo.

Tutto il resto, evidentemente, è fatto ad arte per consentire escamotage tesi a dimostrare, con dovizia di dati, che l’Italia è piena di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ecc., dalle Alpi a Lampedusa. All’Autorità garante della concorrenza e del mercato spetta un ruolo improbo, ed è condannata a fare il grillo parlante o ad emanare asettici pareri fotocopia. Intanto con la comunicazione del 20 ottobre scorso, l’Autorità ha stabilito le informazioni che l’ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale ai sensi dell’art. 23-bis, comma 3, deve presentare all’Autorità stessa per il rilascio del prescritto parere, prima dell’adozione della delibera di affidamento.

Il parere è obbligatorio ma non vincolante. In ogni caso è evidente che se l’organo consiliare vuole procedere in modo difforme rispetto al parere stesso dovrà comunque motivare la sua decisione.

Nel comma 3, comunque, tra una versione e l’altra, sono scomparse le società quotate in borsa, che si ritrovano così equiparate alle altre per quanto riguarda le modalità di affidamento e si vedono quindi private, in linea di principio giustamente, dalla possibilità di avere l’affidamento diretto dei servizi.

Alcune problematiche

Il c. 5 prevede poi che, salvo il fatto che la proprietà delle reti debba essere pubblica la loro gestione possa essere affidata a privati. L’enunciazione che di per sé sembrerebbe lineare apre però un problema per tutti quei casi, e segnatamente proprio quello delle società quotate, che invece detengono la proprietà delle reti, per deroga un tempo esplicitamente prevista. La questione non è oziosa e può comportare un onere finanziario significativo per gli enti locali, che certo non potranno riacquisire la proprietà delle rete a titolo gratuito ed essere motivo di uno sfavore dei mercati finanziari nei confronti delle public utilities che operano nei mercati regolamentati.

Il c. 6, invece, rappresenta il consueto salvataggio per le multiutilities di piccole dimensioni. È infatti consentito “l’affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell’affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore”. □

Francamente è difficile pensare che l’affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi presenti vantaggi “dimostrabili” in termini di convenienza economica per l’ente

locale dal momento che questo porta alla esclusione dalla gara di tutte quelle aziende, tipicamente mono-business, operanti nel comparto dei servizi pubblici locali, e che sono spesso le più efficienti. Si tratta, in sostanza, di un'altra norma che contrasta con la scelta di promuovere e garantire quei "principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale" di cui si parla con tanta enfasi al c. 1.

Il successivo comma 7, tratta invece un tema molto rilevante, riservandone però la concreta regolamentazione alle regioni - che in effetti, nella creazione degli ambiti territoriali ottimali, hanno già sviluppato una certa competenza - ed agli stessi enti locali. Si fa riferimento al fatto che "le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi".

Quello che preoccupa, però, è come prosegue il medesimo comma, perché enuncia che sia possibile prevedere: "l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale".

Se il significato di cosa sia garantire "il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori" è cosa che ci sfugge, è invece molto chiaro il significato di una "integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi": si tratta cioè di prevedere, a livello di norma, la facoltà di una cross-subsidiation e quindi di finanziare le perdite di un servizio con gli extraprofitti di un altro. È l'esatto contrario di quanto prevede il principio di trasparenza, essa comporta una tassazione occulta sui servizi "più redditizi", che immaginiamo siano quelli a domanda anelastica (perché essenziali) ed erogati in monopolio. Sarebbe meglio abrogare questo obbrobrio, francamente.

L'eccezione dei servizi idrici: il c. 8 ed il suo coordinamento con il c. 12

Il comma successivo, l'8, è uno di quelli che rischia di creare maggiori problemi. Recita che "salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e), le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3". Apparentemente il discorso è chiaro: per il servizio idrico, e solo per quello, evidentemente per differenziarsi dall'orientamento del disegno di legge di iniziativa del passato governo, il legislatore ha scelto la decadenza di tutte le procedure diverse dalla evidenza pubblica, escludendone le concessioni affidate ai sensi del comma 3 e quindi che siano coerenti con la disciplina comunitaria.

Se in teoria la scelta sembra chiara e netta essa non tiene conto che gli orientamenti comunitari a volte hanno la stessa chiarezza e la medesima costanza di quelli nazionali. In particolare questo è accaduto per le società miste, che sono state classificate di volta in volta (verrebbe da dire di giorno in giorno) come panacea o quale causa di tutti i mali.

Chi ha avuto l'imprudenza di applicare la legge Galli, come è accaduto ad esempio alla Toscana, scegliendo la strada delle società miste con partner privato selezionato mediante procedura di evidenza pubblica si trova adesso nel dubbio di rientrare o meno nella decadenza ex lege. Con la certezza, comunque, che la strada di fare decadere i contratti aprirà un contenzioso con i privati, con forte rischio di soccombenza.

Per orientarsi meglio, tutto questo, per altro, va letto congiuntamente al c. 12, altro comma apparentemente chiaro, che recita: "restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". I dubbi che suscita il dettato ora ricordato non sono pochi. Anzitutto, si riferisce solo alle gare in corso o anche ai conferimenti in-house?

Nel primo caso non avrebbe senso la enunciazione del c. 12, perché è ovvio che una procedura di evidenza pubblica resta in essere se fatta secondo le regole. Altrimenti gli strumenti per interromperla sono quelli di carattere amministrativo, non certo di legge e poi perché questo è già precisato anche nel succitato c. 8 che per l'unico servizio a cui si riferisce la potestà legislativa comunque esclude gli affidamenti "in regola".

Il comma ci dice dunque altro. Però, nel caso vi si ricomprendano anche gli affidamenti in-house - tesi per la quale si propende - non è chiaro cosa si debba intendere per "procedura già avviata" essendo questi privi di una procedura in senso proprio. Basta cioè una manifestazione di intenti che comprovi il proposito della amministrazione per un rinnovo? E che natura deve avere?

Certo è che la norma non può riferirsi, sic et simpliciter, agli affidamenti diretti già in essere, perché questo basterebbe a vanificare l'intero contenuto della riforma.

E se una procedura di evidenza pubblica non è rigorosamente coerente con quanto previsto dalla normativa europea? Viene fatta salva? Si direbbe di sì, visto che altrimenti la precisazione, come si è detto, sarebbe del tutto superflua.

Ma allora torniamo al caso di procedura in corso secondo i criteri della evidenza pubblica, e quindi di gara per l'affidamento del servizio o per l'individuazione del partner privato, strada che la Regione Toscana ha scelto legittimamente di seguire per quanto riguarda l'acqua e che è tuttora ammesso anche se secondo regole ora più rigorose dalla stessa disciplina comunitaria. Come si concilia questo comma con il roboante c. 8 che, proprio e soltanto per il servizio idrico integrato, precisa che l'esclusione dalla decadenza al 31/12/2010 riguarda solo le procedure espletate secondo il rispetto della disciplina comunitaria.

Per conciliare tali norme occorre immaginare una gerarchia tra le stesse, e quindi pensare che il limite del 31/12/2010 abbia un significato di interesse pubblico generale, che prevale su ogni altra considerazione e quindi anche sul povero c. 12. Ma è davvero così?

La questione non è oziosa perché, ove si interpretasse il c. 8 in senso rigoroso per il requisito di coerenza con la disciplina comunitaria (es. previsione delle modalità di riscatto a fine concessione, ecc.) ma non il limite temporale si creerebbe la situazione paradossale per la quale una gara di servizio idrico in corso, ancorché non rispettosa della regolamentazione europea, sarebbe salva ai sensi del c. 12, mentre gli affidamenti fatti quando tali regole erano interpretabili in modo difforme si troverebbero a rischio decadenza, con l'insorgere di un contenzioso infinito e con la nascita di gravi incertezze che certo susciterebbero molti dubbi sulla certezza del diritto nel nostro paese.

Limiti di azione per i soggetti con affidamenti diretti

Arriviamo ora al c. 9, che prevede che "i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, 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".

In sostanza questa norma vincola chi ha affidamenti diretti siano essi rispettosi del meccanismo in-house e della disciplina comunitaria, siano (provvisoriamente) fuori dalle regole generali, di svolgere servizi ulteriori o il medesimo servizio in altri territori e comunque qualsiasi servizio o attività per altri enti pubblici o privati, in via diretta o indiretta.

Questa norma prevede però delle deroghe: ovviamente "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". Oltre a ciò, ed è l'unica volta che si parla esplicitamente di società che operano sui mercati finanziari, "il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati".

Non si tratta però di una esclusione permanente: "in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica". Un periodo equo nel caso di società in-house o comunque che non coinvolgono interessi di pubblico risparmio, ma che potrebbe comportare un deprezzamento significativo dei titoli quotati in borsa ove il mercato ne comprenda e ne sconti rischi e conseguenze.

La partita resta aperta in attesa dei regolamenti

Nei commi ora brevemente commentati si traccia un quadro abbastanza chiaro del futuro del comparto dei servizi pubblici locali, anche se ovviamente non mancano le “aree grigie” e di difficile interpretazione.

Una grande partita viene aperta dal comma 10, che affida al governo, su proposta del ministro per i Rapporti con le Regioni ed entro centottanta giorni alla data di entrata in vigore della legge, il compito di adottare uno o più regolamenti al fine di:□

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure a evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;□

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;□

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;□

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;□

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;□

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;□

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;□

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;□

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;□

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;□

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.□

Appare chiaro che la materia affidata alla discrezionalità (relativa, ovviamente) del Governo è ampissima e che è proprio qui che si misurerà l'effettiva incidenza della riforma del settore dei servizi pubblici locali.

La necessità di nuovi interventi legislativi

Certo è che alcune cose richiederanno comunque delle modifiche normative successive. Ad esempio la lettera a) richiede che le società che hanno affidamenti diretti saranno soggette al patto di stabilità. Se il governo rispetterà i tempi – cosa del tutto improbabile ma possibile – questo significa che anche le società quotate dovranno rispettare le regole del patto di stabilità interno, imposto anche a chi opera sui mercati regolamentati. Si dubita che la Consob sarebbe d'accordo e, comunque, che questo rispecchierebbe l'interesse economico generale. Tra l'altro è a tutti evidente la contraddizione con l'art. 18 (reclutamento del personale delle società pubbliche) della medesima l. 133/2008, che esclude esplicitamente le società quotate.

La lettera b) andrà certo coordinata con quanto indicato al comma 7, ma si ritiene che sarebbe certo preferibile l'abrogazione del c. 7.

La lettera e) è certo opportuna, anche se lascia pensare ad un difetto di coordinamento con il c. 9, che afferma che "in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica".

Se la scadenza degli affidamenti diretti è la medesima dei servizi idrici perché la lettera e) ne fa esplicita esclusione?

Comunque, in virtù della gerarchia delle norme, è chiaro che il termine è quello previsto dai commi 3 e 9 e che i regolamenti non potranno farvi deroga.

È chiaro, però, che il termine del 31 dicembre 2010 è troppo stretto, visti i tempi prevedibili per la concreta entrata in vigore degli attesi regolamenti: per quanti giorni resterebbero in vigore tali regole? E questo ammesso che vedano la luce perché l'esperienza passata in materia di servizi pubblici locali non farebbe stupire del contrario.

Dobbiamo aspettarci, in sostanza, un nuovo intervento del legislatore, di rinvio di detto termine. Sarebbe stato meglio, però, definire un periodo di tempo congruo e credibile fin dal principio, piuttosto che creare questa sensazione di precarietà alle imprese.