

La correzione governativa della “riforma” introdotta con l’art.35 della Finanziaria 2002

Nota a “prima lettura” di Adriana Vigneri

Con i commi da 41 a 43 dell’articolo 1 dell’A.S. 1753 - Delega al Governo in materia ambientale, approvato il 14 maggio con voto di fiducia (su di un unico articolo) è stata introdotta una **correzione della “riforma”** contenuta nell’art.35 della legge Finanziaria 2002, che aveva tra l’altro modificato l’art.113 del T.U. sull’ordinamento degli enti locali e inserito nello stesso testo l’art.113-*bis*. Come è noto, quel testo rinviava ad un successivo regolamento governativo mai emanato, e sicuramente non emanabile, con i contenuti previsti, per effetto del nuovo titolo V della Costituzione.

1. Sintesi delle modifiche introdotte con la delega ambientale approvata dal Senato.

L’operazione compiuta con le modifiche proposte è così composta:

- Estensione della concorrenza di cui all’art.113, comma 5, del T.U. a tutti i servizi con rilevanza economica;
- Consolidamento della gestione diretta delle reti utilizzando il modello *in house*;
- Attenuazione della regola della gara per la gestione dei servizi, con l’alternativa della “concessione”;
- Cessazione dei rapporti di gestione in corso al 31.12.2006, facendo salve le discipline settoriali e quindi regionali diverse;
- Salvaguardia delle gestioni in corso affidate con gara, di quelle attribuite a società miste “legittime” (socio privato scelto con gara) e a società interamente pubbliche; tali gestioni che continuano per tutto il tempo previsto, e a tempo indeterminato quando, come nel caso degli affidamenti a soggetti pubblici, non è termine.

2. Le modifiche in dettaglio.

L’esame delle modifiche introdotte ed approvate (con voto di fiducia) da un ramo del Parlamento (Senato) dà il seguente quadro:

1. la *differenziazione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale* è eliminata. La disciplina dell’art.113 riguarda ora tutti i servizi pubblici locali. Si differenziano i servizi “privi di rilevanza economica”, cui si applica l’art.113-*bis* modificato (comma 41, lett. *a*).
2. L’*affidamento diretto a regime*, consentito per la gestione reti quando vi sia separazione reti/servizio, a favore di società di capitali “con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati” è ora disciplinato come affidamento *in house*, a favore esclusivamente di società con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, e con la trascrizione nel testo delle “condizioni comunitarie” (comma 41, lett. *b*) e *g*), comma 42, lett. *c*).
3. Si chiarisce che il *trasferimento della proprietà delle reti dall’ente locale alla società* in mano pubblica (art.113, comma 13) è sempre possibile su decisione dell’ente locale, purché non vietato dalle discipline di settore. Ora la società deve essere non più maggioritaria ma totalmente pubblica.

4. L'*affidamento con gara dell'erogazione del servizio e della gestione dell'intero servizio* (comma 5 del 113) sembra ora articolato su due diversi binari: - conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, secondo la normativa di settore; - concessione a terzi, secondo le linee di indirizzo emanate dai Ministri e da altri soggetti competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche.
5. Quanto alla *privatizzazione* (comma 12 del 113), vi è soltanto un chiarimento, peraltro conforme all'orientamento della quasi totalità delle sentenze: la cessione anche parziale della partecipazione può avvenire soltanto con procedure ad evidenza pubblica (gara per la scelta del socio, o procedura di quotazione).
6. Per i *servizi privi di rilevanza economica*, si conservano le due forme di gestione *in house* già esistenti (istituzione ed azienda speciale, con la gestione in economia nei termini tradizionali) e si chiarisce che anche la forma di gestione mediante società – cui si fa attualmente riferimento in termini assolutamente generici – deve avere le caratteristiche della gestione *in house*, con proprietà totalmente pubblica. Si sopprime peraltro – almeno così pare – la possibilità di affidamento a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica.
7. I rapporti con la disciplina di settore sono qua e là chiariti mediante dei rimandi più precisi (ad esempio, mediante il periodo aggiunto al comma 7).
8. L'intera *disciplina transitoria* è eliminata (sono abrogati i commi 2-5 e il comma 16 dell'art.35 ed è modificato conseguentemente il comma 7), e sostituita dal comma 15-*bis* aggiunto all'art.113, che rinvia alla disciplina di transizione dettata dalle normative di settore. In mancanza di tale normativa (oppure ove questa non fosse "congrua"), le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano automaticamente entro il 31.12.2006. Nonostante l'uso del termine "concessione" la cessazione automatica riguarda anche agli affidamenti diretti senza concessione. Sono fatte salve: le concessioni rilasciate a società miste pubblico privato i cui soci siano stati scelti con gara, e quelle (gli affidamenti) a società interamente pubbliche che corrispondano ai requisiti dello schema *in house*: gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Si tratta di un intervento che mira, principalmente, a risolvere o attenuare il contenzioso con la Commissione CE (e in qualche misura con le Regioni).

Quanto al contenzioso con la Commissione,

- sottoponendo ad un'unica disciplina tutti i ss.pp.ll. aventi rilevanza economica, si esentano dalle regole della concorrenza non più i servizi "privi di rilevanza industriale", bensì quelli privi di rilevanza economica, che sono fuori dalla sfera di operatività del trattato CE. Si supera così la contestazione relativa al 113-*bis*;
- consentendo l'affidamento diretto (della gestione reti) soltanto alle società interamente pubbliche, con le quali sussistano le due condizioni sintetizzate dalla Corte nella sentenza Teckal, causa C-107/98 dec. 18 novembre 1999 (perché sia applicabile la direttiva 93/36/CEE "*basta in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte da un ente locale, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo*", "*può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*"), si configurerebbe quella situazione che la Commissione chiama "delega interorganica" (Comunicazione interpretativa 16 aprile 2000, par. 2.4), in cui il soggetto gestore "non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice"; si supera così la contestazione relativa al comma 4 dell'art.113 (possibilità di gestione delle reti con affidamento diretto);
- sopprimendo la disciplina transitoria, si elimina la contestazione relativa alla sua durata e quindi al permanere di situazioni che la Commissione considera illegittime, e quella specifica (art.35, comma 5) relativa alla possibilità di affidamenti diretti, a società di soli enti locali, del servizio idrico.

Quanto al contenzioso con le Regioni,

- la disciplina transitoria resta affidata alle discipline di settore, per lo più regionali; infatti se il potere viene esercitato (in modo “congruo”) non si applica la scadenza di legge al 31.12.2006;¹
- si elimina un regolamento governativo che le regioni contestano;
- estendendo le regole della concorrenza a tutti i servizi aventi rilevanza economica, si dà una base meno fragile all'intervento legislativo statale contenuto nell'art.113 del T.U..

3. Considerazioni sulla disciplina che deriva dall'art.113, così corretto.

A) Restano ferme le norme sulla proprietà degli impianti, compresa la possibilità di “intestarli” ad una separata società; si precisa soltanto che tale possibilità esiste “nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore”, riferendosi quindi ad un eventuale divieto di trasferire la proprietà, non di separare la gestione, essendo autonoma la disciplina della proprietà reti dalla disciplina della gestione (separata o unitaria) (commi 2 e 13 dell'art.113). Quelle sull'eventualità della separazione tra gestione della rete e gestione del servizio all'utenza (comma 3), affidata alle decisioni che saranno assunte dalle discipline di settore. Restano ferme le norme sulle modalità delle gare (commi dal 6 al 9), sui contratti di servizio, sulle gestioni associate. Rimane anche la possibilità per il soggetto proprietario delle reti, diverso dall'ente locale (e diverso anche dalle società pubbliche proprietarie, cui si applicano il comma 14 altre parti del 113), di gestire i servizi o loro segmenti (comma 14).

Per quanto riguarda la disciplina transitoria, restano ferme le norme che regolano il passaggio del possesso dei beni utilizzati per la gestione dei servizi dal precedente al nuovo gestore (art.35, comma 7), quelle sulla trasformazione delle aziende e dei consorzi (il termine è stato prorogato al 30 giugno 2003), quelle sullo “scorporo” delle reti (commi 9-11), quelle sulle funzioni degli enti locali (comma 14).

B) Il primo effetto della “correzione della riforma” sta nel consolidamento della gestione pubblica indiretta, attraverso la previsione di società interamente pubbliche cui può essere affidata senza gara la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni strumentali ai servizi. La gestione delle reti ecc. è, come abbiamo sempre sostenuto nel corso dei lavori parlamentari sul ddl governativo A.S. 4014 (XIII Legislatura), gestione di un servizio pubblico; anzi ne costituisce la parte essenziale, il resto potendo ridursi, specie per i servizi locali, ad una mera attività di “bollettazione” dei consumi.

Ci si chiede, naturalmente, quanto sia solida la equiparazione ad una delega interorganica del rapporto tra il comune e la società per azioni o a responsabilità limitata, sia pure totalmente pubblica; se si possa dire, in altri termini, trattandosi di società, la quale tra l'altro svolge anche altre attività economiche sia pure non prevalenti, che il comune esercita su di essa un controllo analogo a quello sui propri servizi.

La Commissione (che attende ulteriori chiarimenti dalla Corte di Giustizia) ha evidentemente sul punto ampie riserve, come dimostra l'affermazione che *“le relazioni tra autorità pubbliche e imprese pubbliche incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, ricadono, in via di principio, nell'ambito della Comunicazione”* e quindi nel regime proprio delle concessioni di servizi d'interesse economico generale (parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, mutuo riconoscimento) (Comunicazione interpretativa sulle concessioni di servizi, cit., 2.4 e 3.1). In particolare la Commissione ritiene che dal principio di parità di trattamento derivi l'obbligo di ottemperare al principio di messa in concorrenza².

¹ La possibilità di intervenire sulla data del 31/12/2006 è affidata quindi alle regioni, che finora si sono mosse – ad esempio in materia di trasporti - in ordine sparso: la Lombardia e la Liguria hanno anticipato la scadenza di fine 2003 ed hanno già concluso diverse gare. Il Lazio e l'Abruzzo hanno spostato i termini rispettivamente di tre e due anni. L'Umbria e la Puglia, che hanno appena pubblicato il bando tipo, stanno avviando le procedure di appalto. Veneto, Piemonte, Emilia Romagna e Toscana sono più indietro. Il Governo ha chiesto alle regioni di individuare un percorso comune, ma non sembra un accordo raggiungibile in tempi brevi.

² La possibilità di considerare indifferenti per il diritto della concorrenza le relazioni tra autorità pubbliche e imprese pubbliche incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale è tutt'altro che pacifica.

Dice la citata Comunicazione interpretativa: “E' vero che secondo una giurisprudenza costante della Corte, non c'è nulla del trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi d'interesse generale conferendo dei diritti esclusivi. La Corte aggiunge, tuttavia, che le

La Corte di giustizia ha evitato a lungo di esprimersi, consapevole che sul punto manca uno specifico testo normativo. Tuttavia nella sentenza Gemeente Arnhem e G. Rheden del 10.11.1998, dovendo esaminare (in sede di rinvio interpretativo) un caso di appalto di servizi della nettezza urbana da parte dei due comuni ad una propria società interamente pubblica cui erano stati conferiti diritti esclusivi, ha rinviato al giudice nazionale di decidere se i "bisogni" cui la società assolveva erano o non "di carattere industriale e commerciale" (in caso negativo la società sarebbe stata classificata come organismo di diritto pubblico e gli oneri di applicazione della direttiva servizi sarebbero gravati sulla società stessa e non sui due comuni), ammettendo così, implicitamente ma chiaramente, che anche una società per azioni operante in un mercato aperto (la raccolta dei rifiuti in Olanda è aperta anche ai privati) può essere considerato un organismo di diritto pubblico.

C) Il secondo effetto della correzione della riforma è l'estensione della regola concorrenza a tutti i servizi locali aventi rilevanza economica, che deriva dal riferimento a tutti i servizi locali contenuto all'inizio dell'art.113, confermato dall'incipit dell'art.113-bis.

D) L'estensione della regola della concorrenza è, in qualche modo, compensata dalla nuova formulazione del comma 5 dell'art.113, in cui, come sopra osservato, si prevedono due canali di conferimento della gestione, l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica e la concessione a terzi.

L'interpretazione preferibile del testo del vigente comma 5 fa ritenere che si tratti di "concorrenza per il mercato", ferma naturalmente la legittimità di soluzioni – su base legislativa – che prevedano nei singoli settori la concorrenza "nel mercato". La nuova stesura, non si sa quanto sorvegliata, potrebbe essere interpretata come contrapposizione dei casi in cui la titolarità dell'attività spetta agli operatori economici, all'impresa, a quelli in cui spetta all'ente pubblico, da cui l'uso del termine "concessione", che nella precedente edizione del testo era scomparso.

Poiché non può più ritenersi che vi sia "riserva" della gestione dei servizi di utilità generale all'ente pubblico (tra l'altro l'art.35 ha soppresso il comma 2 dell'art.113) e che quindi la concessione abbia alla base una tale riserva; poiché inoltre non è possibile che il termine concessione sia usato nel senso comunitario (rapporto trilaterale con alea sul concessionario), resterebbe l'ipotesi che la concessione riguardi il bene pubblico messo a disposizione per la gestione. Se così fosse la concessione non sarebbe alternativa, bensì integrativa – come *pius* – della gara, che verrebbe logicamente dopo. Inoltre il comma 5 fa riferimento anche all'erogazione del servizio, in cui parlare di concessione dei beni è privo di senso. Nell'incertezza sul significato del nuovo testo, è inevitabile pensare che la previsione della "concessione a terzi" tenda all'introduzione di una disciplina differenziata e più discrezionale rispetto alla procedura di evidenza pubblica. Un tentativo di reintrodurre la discrezionalità della concessione, di rimpiainta memoria, che è destinato tuttavia a scontrarsi con la disciplina comunitaria degli appalti e delle concessioni, ai sensi della Comunicazione interpretativa della Commissione CE 29 aprile 2000.

E' quindi importante capire, nel seguito dei lavori parlamentari, l'utilizzazione che si pensa di fare dell'aggiunta inserita nel comma 5.

In ogni caso non è difendibile la previsione di linee di indirizzo ministeriali, di provvedimenti o circolari, che stabiliscano i presupposti o la disciplina della concessione in questione.

E) L'estensione della regola della concorrenza per effetto del riferimento a tutti i servizi locali è compensata, inoltre, dalla disciplina transitoria.

modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme di concorrenza. Inoltre anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del trattato e possono, pertanto, rientrare nel campo di applicazione della presente comunicazione".

In sostanza, il conferimento dei diritti esclusivi dovrebbe essere sottoposto in ogni caso alle norme del trattato e quindi al principio di parità di trattamento, dal quale deriva, secondo la Commissione (ma non con altrettanta chiarezza secondo la Corte di giustizia) l'illegittimità delle disposizioni che riservano determinati contratti pubblici alle società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica diretta o indiretta (Comunicazione interpretativa 3.1.1).

La disciplina che fa cessare *ex lege* tutte le concessioni al 31.12.2006 (salve le diverse e congrue discipline settoriali), esenta tre tipi di situazioni:

- le concessioni attribuite mediante gara;
- le concessioni attribuite a società miste il cui socio privato sia stato scelto mediante gara;
- le concessioni attribuite a società interamente pubbliche che corrispondano al modello *in house* sopra descritto.

Se la prima previsione è corretta, sono assai discutibili le altre due, dato che la salvezza non riguarda in questi casi chi già prima della riforma ha applicato le regole introdotte dalla riforma. Infatti

- il comma 5 dell'art.113 (che introduce il principio della gara) non consente l'affidamento diretto a società minoritaria o maggioritaria, in nome del fatto che il socio sia stato scelto con gara;
- il comma 4, lett. a) dell'art.113 consente l'affidamento diretto con il modello *in house* soltanto per la gestione reti (quando sia prevista la separazione).

In sostanza la salvezza negli ultimi due casi non corrisponde alla logica neppure dell'attuale art.113, ed allarga notevolmente il numero delle gestioni salvaguardate.

Inoltre manca qualsiasi previsione della durata delle gestioni salvaguardate, mentre nella precedente versione dell'art.35 se ne prevedeva l'anticipata cessazione. La coerenza vorrebbe che la durata dei rapporti di gestione (che è peraltro rinviata alla legislazione di settore) – che dovrebbe essere più breve di quella solitamente praticata – incidesse anche, sia pure con attenuazioni, sui rapporti in corso. Gli atti di concessione del vecchio regime hanno un termine di scadenza, ma esso è spesso molto lontano nel tempo. Gli affidamenti alle società miste o interamente pubbliche, a cui il comma 15-bis certamente si riferisce, non hanno, come noto, nessun termine di scadenza.

In sintesi, la nuova disciplina transitoria fa salve, senza limiti di durata, le gestioni in corso “legittime”, ma la legittimità è estesa a comprendere anche situazioni di affidamento senza gara che la nuova disciplina non consente.

Ne deriva la possibilità di sostenere un'intrinseca contraddittorietà del nuovo testo. Infatti, se la disciplina transitoria fa salve le gestioni affidate direttamente per l'intero servizio, a condizione che la società sia interamente pubblica e corrisponda al modello *in house* versione italiana, non vi è motivo di vietare per il futuro l'affidamento diretto, a quelle condizioni, dell'intero servizio (e non soltanto della gestione delle reti). Analogamente, se sono salvaguardate le gestioni attribuite direttamente a società il cui socio di maggioranza o di minoranza è stato scelto con gara, per quale motivo non sarebbe tuttora utilizzabile tale forma di affidamento? Con la differenza che nel caso della società totalmente pubblica la legittimità si fonderebbe sulla piena disponibilità della società, mentre nel caso della società mista sul fatto che si è comunque svolta una gara³.

Si può naturalmente replicare che, trattandosi di rapporti in corso, si vuole tutelare l'affidamento (nel senso di fiducia) di poter conservare la gestione per il tempo originariamente previsto dal diritto interno. Ma la tesi della Commissione è che si tratta di rapporti fin dall'inizio illegittimi, e quindi non degni di particolare tutela.

In sintesi le prospettive che si ricavano dalla nuova disciplina transitoria appaiono le seguenti:

- se avrà definitivamente successo in sede comunitaria la possibilità di affidamento diretto a società di capitali pubbliche, equiparato alla “delega interorganica”, sarà inevitabile consentire (potrebbero farlo le regioni) l'affidamento per tale via della gestione dell'intero servizio; la legislazione nazionale può certo richiedere un'applicazione più rigorosa o più estesa delle regole della concorrenza, al prezzo peraltro di rendere palese che la soluzione imposta ai comuni si fonda esclusivamente sulla volontà politica del governo e della maggioranza.
- se prevarrà la posizione più rigida della Commissione, continueranno le contestazioni alla disciplina italiana dell'affidamento della gestione reti e, forse, della nuova disciplina transitoria.

F) La soppressione della disciplina transitoria, sostituita dalla regola generale della scadenza al 31.12.2006, produce effetti anche sulle conseguenze della privatizzazione contemplata nel comma 12 dell'art.113, dove si dice che, se l'ente locale privatizza in tutto o in parte, tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere. Sarà ancora possibile

³ Non occorre dire quanto profonda sia la differenza tra la gara per la gestione e la gara per la scelta del socio.

sostenere che si tratta di norma a regime, applicabile soltanto alle nuove gestioni assegnate con gara, ma acquista indubbiamente forza la tesi opposta, che ne vuole l'applicazione anche alle gestioni in corso all'entrata in vigore dell'art.35. Viene meno infatti l'argomento decisivo, dato dal fatto che nella disciplina transitoria precedente vi era una specifica disciplina degli effetti della privatizzazione (comma 3° dell'art.35), incompatibile con il mantenimento del rapporto per tutta la durata inizialmente prevista.

G) Se le previsioni precedenti sono attendibili, potrebbe essere superato anche il percorso attualmente previsto per decidere l'effettiva estensione della regola della concorrenza. La possibilità affidata alle regioni (a meno che non muti la ripartizione attuale delle competenze legislative) di decidere sulla separazione (reti/servizi) e quindi di consentire l'affidamento diretto, potrebbe tramutarsi in un più pregnante potere di disciplinare, l'affidamento diretto da un lato, ad una struttura sia pur societaria ma *in house*, il sistema delle gare dall'altro.

A tale proposito si rileva che resta precluso all'ente locale di decidere autonomamente se adottare la separazione della gestione reti, ovvero se prevedere una gestione complessiva di tutti gli aspetti del servizio. Il testo del 113, comma 3°, rimane infatti inalterato⁴.

In conclusione, gli effetti immediati sono più favorevoli della precedente versione alle gestioni esistenti, molte delle quali sono autorizzate a proseguire, anche *sine die*.

L'applicazione della regola della concorrenza ha un'ampiezza non esattamente definibile, perché rimessa alle discipline di settore.

La gestione pubblica diretta e indiretta, almeno per la gestione reti, appare consolidata. Le società che godono dell'affidamento diretto non possono partecipare a gare, si applica quindi un doppio binario (regime di gestione pubblica indiretta/regime di mercato), ma soltanto per la gestione dei beni strumentali al servizio.

0.

4

Da ultimo, è interessante osservare che la stampa specializzata (il Sole 24 ore, 16 maggio 2003, pag. 17) ha interpretato il "modello Buttiglione" consistente di due pilastri:

- cessazione al 2006 per tutte le gestioni pubbliche e private, affidate senza gara;
- legittimazione dell'affidamento diretto del servizio alle società pubbliche e alle società miste a maggioranza pubblica, purché il socio privato sia scelto con gara.

E' possibile che questo sia l'esito finale della "correzione della riforma".