

I servizi pubblici (in particolare locali)*

Adriana Vigneri

Introduzione

Nel campo dei servizi pubblici si richiede particolarmente la diffusione della cultura della competitività, della trasparenza e della parità di trattamento, sia che si pratici – per lo più mediante società - l'autoproduzione del servizio, sia che si faccia ricorso al mercato. Si considerano servizi pubblici locali le attività di servizio a fruizione individuale, e quelle ad esse strumentali, soggette a regolazione in forza di una decisione di assunzione da parte di un soggetto pubblico (ente locale) il quale assicura che la prestazione sia resa, mediante un'impresa pubblica o mediante obblighi di prestazione a carico di una (o più) imprese private, derivanti da contratti di servizio. I settori rilevanti sono quelli che il legislatore ha chiamato industriali (energia, gas, trasporti (TPL), rifiuti, ciclo idrico), cui si aggiungono i servizi che i comuni decidono di rendere alla popolazione in regime di servizio pubblico (es. mercati, parcheggi)¹. Si tratta di gestioni in regime di monopolio o quasi monopolio. Con la conseguenza che per lo più, e al di fuori dell'autoproduzione del servizio, se consentita, si applica la c.d. concorrenza per il mercato. Il livello del rispetto della legalità nell'ambito dei servizi pubblici locali è piuttosto basso. In parte ciò è dovuto ai frequenti mutamenti della legislazione e alle continue proroghe dei termini previsti, ma per il resto alla resistenza agli interventi di riforma. L'AVCP ha constatato nel settore idrico che su 61 gestioni *in house* esaminate, 39 possono essere considerate conformi alla normativa comunitaria e 22 – un terzo - non conformi. Giudizi complessivi si trovano nella Relazione n. 13/2008 della Corte dei Conti <<Stato dei controlli della Corte dei Conti sugli organismi partecipati dagli enti locali> e nei pareri ex 23-bis, comma 4, dell'AGCM, da cui risulta la presenza negli enti locali di notevole confusione nell'inquadramento normativo delle proprie attività.

La qualità della legislazione.

L'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. con mod. in l. 6 agosto 2008 n. 133; e l'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009 n. 135, conv. con mod. in l. 20 novembre 2009 n. 166, di parziale modifica dell'art. 23-bis, introducono – in estrema sintesi - una piccola rivoluzione nelle modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali. Alla modalità ordinaria, gara, si aggiunge in via derogatoria, se sussistono condizioni che impediscono il ricorso al mercato, la possibilità di utilizzare il modello *in house*, attraverso una rigorosa procedura che coinvolge l'AGCM. Ma il 23-bis è solo apparentemente generale. In realtà esclude vari settori, non è chiaro con quale indirizzo,

* Il saggio è in corso di pubblicazione nel Volume ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010

¹ Rapporto 2007 sulle società partecipate dagli enti locali - Centro Studi Unioncamere.

mentre ha il merito di definire un breve e chiaro periodo transitorio. Inoltre – se a prima vista l’aspetto qualificante è dato dalla valutazione delle condizioni di mercato - lo schema di regolamento² ne modifica i presupposti, sia pure per il solo settore idrico. Tuttavia, se si ammette la compatibilità con i principi della concorrenza dell’attestazione di efficienza del gestore attuale, non si vede perché un tale metodo non potrebbe essere utilizzato per tutti i settori. Si tratta in sintesi di una legislazione che – oltre ad essere continuamente oscillante tra autoproduzione, liberalizzazione, privatizzazione e tra disciplina generale e disciplina settoriale – è gravemente carente sotto altri profili, essenziali per servizi destinati ad assicurare la coesione sociale. Dal punto di vista che qui interessa, l’intrico delle norme statali rende ondivago e poco affidabile l’indirizzo politico e meno trasparenti le scelte delle amministrazioni responsabili. Produce difficoltà obiettive, ma fornisce anche ragioni di inerzia e di irresponsabilità.

La proliferazione societaria.

La proliferazione ha almeno due aspetti. L’autonomia locale nell’utilizzazione del modulo societario ha prodotto la crescita esponenziale delle società degli enti locali nei settori più vari; soltanto una parte di tali società essendo utilizzata per la produzione di servizi al pubblico. Questo fatto in sé può essere il prodotto di cattiva amministrazione (la vera ragione della costituzione della società è altra dall’efficienza e duttilità dello strumento) e a sua volta produrre cattiva amministrazione, sotto il profilo della crescita della spesa, della crescita di un ceto di sotto-governo e di pratiche clientelari. Spesso la scelta di costituire una società è dovuta a) alla fuga dalle procedure di evidenza pubblica b) alla fuga dal patto di stabilità. L’uscita dal modello azienda pubblica per assumere le forme delle società di capitali ha poi dato luogo alla difficoltà di porre limiti all’attività di queste società che, pur essendo affidatarie dirette nel comune madre, hanno ben presto scoperto il vantaggio di aggiungere a questa attività altre analoghe per comuni o aziende pubbliche, costituendo proprie distinte società, fino ad operare anche all’estero. Conflitto che è stato individuato ed impedito soltanto con l’art. 13 del d.l. 248/2006 e succ. mod.. Ora il medesimo principio si trova inserito nell’art. 23-bis, comma 9, e si applica quindi, oltre alle società “strumentali”, alle *utilities*.

Il fattore “concorrenza”

L’ordinamento vigente consente, con presupposti diversi e nome settoriali differenziate, l’utilizzazione sia delle gestioni *in house*, sia delle gare per selezionare un gestore terzo, sia infine della forma ibrida della società mista. Si debbono quindi considerare le possibilità di *maladministration* sia nelle gestioni *in house*, sia nelle gestioni miste, sia nelle gare e successive gestioni. La contrapposizione tra le gestioni dirette e altri modelli che applicano regole di concorrenza, al fine di stabilire, in ipotesi, che le regole di concorrenza proteggono da molte forme di *maladministration*, non appare utile. Non è possibile tracciare un netto confine tra il mondo della concorrenza e quello in cui la concorrenza è assente. In secondo luogo, mentre è possibile valutare i diversi rischi che si presentano nelle pubbliche selezioni di gestori, ovvero nelle decisioni di organizzare gestioni *in house*, non è possibile creare una graduatoria della pericolosità sociale delle diverse modalità. Vero è piuttosto che il cattivo funzionamento presenta nei due casi caratteri diversi. Infine, un tentativo di graduatoria non potrebbe avere come conseguenza – in ipotesi –

² Adottato dal Consiglio dei Ministri il 17 dicembre 2009.

minori dosi di concorrenza, la cui applicazione dipende direttamente da norme di livello costituzionale. In questa sede non resta che tentare di suggerire le correzioni che nei diversi casi possono creare un ambiente meno favorevole alle deviazioni nell'azione amministrativa e nella gestione.

Ruoli dell'ente locale e conflitti di interesse

I dati cui si è fatto riferimento (nota 1) mostrano che sono di gran lunga prevalenti le società a controllo pubblico, alcune delle quali quotate in borsa. L'ente locale da solo o con altri enti locali è spesso proprietario o comproprietario o proprietario di maggioranza del soggetto gestore. E' in ogni caso il titolare del servizio, responsabile politicamente nei confronti della collettività del suo funzionamento e anche talvolta della sua esistenza, e quindi tutore degli interessi degli utenti. E' sempre, in parte o in gran parte, il regolatore e il dominus delle procedure di gara, cui partecipano società dello stesso ente. E' spesso il proprietario di reti ed impianti, ovvero la proprietà è stata trasferita alle società di gestione in mano pubblica. Ne deriva l'esistenza di interessi tra loro in conflitto. La creazione delle società (non a caso proliferate anche al di fuori delle *utilities*) è determinata anche dalla possibilità di acquisire o distribuire posizioni di potere, talvolta a fini di riequilibrio politico; dall'utilizzazione di procedure privatistiche, specie nella provvista del personale, dalla possibilità di aggirare i vincoli della finanza pubblica. L'interesse proprietario dell'ente locale³ e il suo limitato orizzonte geografico sono in conflitto con altri interessi promossi dalla legislazione nazionale (gestioni di bacino, crescita dimensionale delle imprese). L'interesse politico alla difesa dell'occupazione delle ex municipalizzate, quando non anche alle assunzioni clientelari, confligge con le esigenze di economicità ed efficienza della gestione (tendenziale copertura dei costi con le tariffe).

I problemi specifici delle società miste

La società mista "tradizionale", per l'elevata discrezionalità nella scelta del socio e per il carattere riservato delle trattative che hanno facilitato la conclusione di patti parasociali sfavorevoli per l'ente locale, è stata spesso espressione e possibile fonte di *maladministration*. L'art. 23-bis ha imposto che la gara per la scelta del socio abbia a oggetto anche o prevalentemente la gestione del servizio o parte di esso e ha posto limiti rigorosi sull'oggetto sociale, sulla durata, sulla necessità di nuova gara, se si amplia o modifica l'oggetto sociale, e ha precluso a tale società di acquisire altri servizi per tutta la durata della gestione. Si può concludere che d'ora in poi la società mista, se correttamente applicata, non è più una specifica occasione di compromissione degli interessi pubblici in gioco. Restano tuttavia aperti alcuni interrogativi, per l'indubbia complessità del modello⁴, con riferimento in particolare al caso di trasformazione delle attuali società *in house* in

³ Nelle gestioni *in house* – che continueranno in maggiore o minore misura - si ha la "necessaria confusione" tra indirizzo politico amministrativo e gestione, che pure le norme dicono di voler evitare. Negli ATO (idrico e rifiuti) il comune è contemporaneamente parte dell'autorità di governo dell'ambito e comproprietario del gestore o dei gestori.

⁴ Il caso più semplice è quella della nascita della società contemporaneamente alla selezione del socio con cui costituirla. Il caso più frequente invece sarà l'ingresso di un socio privato in una società pubblica preesistente, dato

società miste (ex comma otto dell'art. 23-bis), che può determinare una sostanziale continuità della gestione *in house*, con il socio privato che svolge ruoli minori⁵. L'ampia probabilità che al socio siano affidati compiti limitati rischia di svuotare le finalità della norma.

Le incompatibilità. La scelta degli amministratori delle società

Le nomine degli amministratori delle società in tutto o in parte pubbliche sono state fatte spesso all'interno del ceto politico escluso dalle principali cariche locali, per garantirsi rapporti fiduciari o equilibri politici di giunta. Qualche regolamento locale ha procedimentalizzato le nomine⁶, ma con attenzione più ai requisiti di esperienza che alla prevenzione dei conflitti d'interesse e alla separazione delle funzioni. Ora per la prima volta la legislazione introduce delle regole, unico strumento con cui si distinguono le funzioni di regolazione da quelle di gestione. Le nuove norme⁷ tuttavia hanno riguardo a un solo aspetto: evitare che la scelta degli *incaricati in materia di gestione* di società partecipate avvenga tra i soggetti legati – o che siano stati legati nei tre anni precedenti – all'ente che ha appaltato il servizio.⁸

Sulla composizione delle commissioni di gara, lo schema di regolamento esclude: chi ha già svolto o svolge funzioni nella gestione del servizio messo a gara (comma 4, art. 8); chi ha rivestito (nei 2 anni precedenti) la carica di amministratore locale (ex 77 Tuel) dell'ente che mette a gara il servizio (comma 5); chi nella veste di commissario di gara ha concorso, con dolo o colpa grave, ad atti illegittimi (comma 6).⁹; gli amministratori e i dipendenti dell'ente locale che bandisce la gara, se alla stessa partecipa una società dello stesso ente (comma 8). Disposizione quest'ultima da coordinare con la prima voce (comma 4), non potendo essere nominato chi ha svolto, come amministratore o dipendente o consulente, qualsiasi funzione *inerente alla gestione del servizio*. Non è risolto il problema delle gare cui partecipa una società dello stesso ente che la bandisce (compresa l'Autorità d'ambito, costituita dagli stessi enti locali proprietari delle società di gestione). La soluzione proposta dall'art. 8, comma 8, cit. non è sufficiente, la scelta è pur sempre affidata all'ente locale interessato, con il solo limite di non poter nominare componenti interni¹⁰.

anche il grande sviluppo delle società *in house* in seguito alle norme del 2003 e il favor per la conservazione degli affidamenti in corso (art. 23-bis, comma 8, lett. a) che dovrebbe produrre molte nuove società miste.

⁵ Il modello muta rispetto a quello esaminato dal Consiglio di Stato (parere della sezione II, n. 467/2007) e dalla Corte di giustizia (sentenza 15 ottobre 2009, Acoset/ATO Ragusa). Siamo più in armonia con un regime in cui la gestione *in house* sia prevista come ordinaria, che con un sistema che – bene o male – la considera derogatoria ed eccezionale.

⁶ Art. 42, comma 2, lett. m) e 50, comma 8 del Tuel.

⁷ Art. 8 dello Schema di regolamento, commi 1, 2 e 3.

⁸ <<Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei medesimi servizi. Il divieto si applica anche nel caso in cui dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali>>, comma 1 dell'art. 8 dello Schema di regolamento. Il divieto è esteso a coniuge parenti ed affini entro il quarto grado, e a consulenti e collaboratori dell'ente locale. **In Conferenza Unificata (29 Aprile 2010) ANCI ha chiesto la soppressione del comma 3 dell'art. 8, secondo cui non possono essere nominati amministratori di società partecipate coloro che nei tre anni precedenti hanno ricoperto la carica di amministratore, con la seguente motivazione: <<tale incompatibilità si basa su incarichi pubblici precedenti e cassati, disponendo una specie di retroattività>>**

⁹ Accertato con sentenza non sospesa (art. 8, comma 6, dello schema di regolamento).

¹⁰ Le soluzioni della legislazione regionale (nella materia trasporti) sono più incisive; consistono, in sintesi, nel trasferimento della competenza a svolgere le gare (attribuita alla Regione: L.r. Veneto, n. 25/1998, e succ. mod., art. 1-ter; L. r. Umbria n. 37/1998, art.22, comma 6-*quinquies*), oppure nella costituzione di Autorità regionali con il compito

La scelta dei dirigenti e dei revisori dei conti

Mancano del tutto regole sulle *incompatibilità* dei dirigenti e sui relativi procedimenti. Mancano anche analoghe regole sulla scelta dei revisori dei conti. Ai revisori dei conti dell'ente locale ora l'art. 8, comma 9, dello schema di regolamento affida la vigilanza sull'applicazione del contratto di servizio e sulle sue variazioni in ogni caso in cui la società sia partecipata dall'ente locale. A parte la mancanza di competenza specifica in capo all'organo di revisione, che costituisce un problema per le attività di controllo che l'ente locale esercita sulle società, va segnalata la prassi di premiare con la nomina a revisore delle società il revisore del comune che non ha creato problemi. Di qui l'esigenza, nel duplice interesse, dell'ente locale e delle società, di impedire per un congruo periodo che chi ha fatto il revisore dell'ente sia nominato revisore di una delle società partecipate.

La provvista del personale da parte delle società pubbliche.

Per lungo tempo la provvista del personale delle società totalmente pubbliche o maggioritarie è stata sottratta a qualsiasi forma di disciplina pubblicistica. Assenza di regole che ha agevolato una non rigorosa politica del personale. Soltanto nel 2008¹¹ è stata introdotta la norma che impone alle società *in house* che gestiscono servizi pubblici di adottare criteri e modi per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001. Mentre le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo hanno – non è chiaro il motivo - il meno stringente obbligo di adottare criteri e modalità nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Sono escluse le società quotate nei mercati regolamentati. Il d.l. n. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009 ha esteso alle società con partecipazione di controllo titolari di servizi senza gara, che sono organismi di diritto pubblico o strumentali della p. a., gli stessi divieti e limitazioni *sull'assunzione di personale* che valgono per le pubbliche amministrazioni.

Le gare nei servizi pubblici locali

Il tema è complesso: vi sono i contratti di appalto con cui si forniscono servizi da parte dell'ente locale e gli affidamenti senza gara; le concessioni di servizio pubblico per un gestore terzo; le gare per la scelta del socio di società mista affidataria diretta, le gare gestite dalle società *in house*, che dovrebbero essere appalti e spesso sono concessioni¹². Progressivamente la procedura di evidenza

di svolgere anche l'espletamento delle procedure di gara (l.r. Emilia Romagna, n.30/1998, art. 18; L.r. Puglia, n.18/2002, art. 25), ma si tratta di Autorità i cui membri sono nominati dalla Giunta. Ma le Regioni sono competenti a rispondere a tale problema o non deve provvedere la legge statale? **Nel frattempo ANCI ha chiesto in Conferenza Unificata (29/04/2010) la soppressione del comma 8 dell'art. 8, con la stessa motivazione riportata sopra alla nota 8.**

¹¹ Art. 18 d.l. n. 112/2008, conv. con mod. in l. n. 133/2008, integrato da art. 19, comma 1, d.l. n. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009.

¹² Secondo le regole generali, se l'ente locale usa i contratti di appalto per assicurare il servizio, ne deve applicare la relativa disciplina, con le distinzioni sopra e sotto soglia. Se si tratta, come nella maggior parte dei casi, di concessione di servizio, le disposizioni del Codice *non si applicano* (art. 30, comma 1, del Codice appalti) ed è sufficiente una gara informale¹². Se la gara è gestita da una società *in house* o in controllo pubblico cui è affidato un servizio al pubblico, si

pubblica si è affermata nella legislazione, ed è stata introdotta come regola da osservarsi anche da parte delle società in tutto o in parte pubbliche concessionarie di servizi pubblici, comprese quelle previste dall'art. 113 del TUEL (art. 32, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006), poiché producono beni e servizi non destinati a essere collocati nel mercato in condizioni di concorrenza¹³. Lo spazio occupato dagli affidamenti mediante gara è stato fin qui modesto¹⁴. Anche nei casi di procedure concorsuali quasi sempre è risultato vincitore l'*incumbent*, talora associato con altri soggetti. Il numero dei concorrenti è stato molto basso e l'AGCM ha rilevato nel 2007 accordi anticoncorrenziali tra 15 società di gestione¹⁵.

Necessità di regolazione e mancanza di strutture di governo locale

A parte il settore del gas naturale, secondo la normativa vigente, la regolazione è *locale*, in capo al singolo ente o alle Autorità d'ambito nel settore idrico e nei rifiuti¹⁶. Di fatto tali Autorità sono espressione dei vecchi proprietari o delle relative società. Nei trasporti le soluzioni variano in relazione alla legislazione regionale. L'ente locale deve, direttamente o indirettamente, fissare le tariffe (tali da assicurare ai *producers* rendite adeguate a coprire gli investimenti, ma non eccessive), assicurare il livello di qualità dei servizi, gestire correttamente le gare. E' evidente che

tratterà di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia termica, dell'elettricità, dei trasporti, ai quali si applica una disciplina speciale più flessibile e con minori vincoli procedurali (artt. 206 e ss. del Codice Appalti). A parte vanno considerate le società miste, per le quali la gara per la scelta del socio è stata introdotta dalla legislazione del 2003 ed estesa a regola generale dalla giurisprudenza amministrativa. Ma si trattava di gare che non avevano ad oggetto la scelta di un gestore del servizio. Soltanto nel 2008 si è richiesto che la procedura competitiva ad evidenza pubblica <<abbia ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione dal servizio>> (art. 23-bis, comma 2, lett. b). Dedicato alle gare nei servizi pubblici locali in genere è l'art. 113, comma 7, del TUEL, improvvidamente mutilato dalla Corte costituzionale (272/2004). E ora l'art. 23-bis, comma 1, 6 e 7 e art. 3 dello Schema di regolamento. Accanto vi è la disciplina di settore. Nell'impossibilità di esaminare nel dettaglio previsioni e vuoti di previsione, enunciamo i principali problemi che si sono posti, rilevanti dal punto di vista di una buona amministrazione: procedura aperta o anche ristretta? Possibilità di negoziazione in fase di gara e di rinegoziazione dopo la gara? Con riguardo alle gare per la scelta del socio, peso del prezzo pagato per le azioni a fronte dell'offerta relativa alla gestione del servizio?

¹³ L'attuale formulazione dello schema di regolamento (art. 6, comma 2) esclude dall'applicazione del codice appalti le società miste *costituite con modalità diverse* da quelle previste dal 23-bis, comma 2. Non è chiara la ragione della norma. Se si vuol dire che le miste pubblico privato destinate ad operare nel mercato non hanno l'obbligo di applicare il codice dei contratti, è già scritto nel relativo art. 32, comma 3 (che fa riferimento alla produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in condizioni di libera concorrenza). Nulla si dice se la concessione comprende anche lavori, su cui resta in vigore l'art. 113, comma 5-ter.

¹⁴ Nel settore idrico, in cui più avanzata è l'attuazione degli ATO, la situazione al 2008 è: 34% in house, 14% società quotate, 13% società miste, 7% (6 gestioni) *concessione a terzi* (il restante 32% è costituito da proroghe di gestioni precedenti, da gestioni salvaguardate ed altro)¹⁴. Nei rifiuti, nel periodo 2004-2009 si hanno 38 gare per la sola raccolta e solo 21 gare per la gestione integrata. Le gestioni comunali dirette (in economia o mediante impresa pubblica) nel 2007 sono ancora 1.547 + 3.738, complessivamente 4.285. Le gestioni di operatori privati 2.816. Il che dà conto anzitutto della frammentazione del settore. Nella distribuzione del gas naturale, in cui si è ancora nella fase transitoria, in attesa dell'introduzione degli ambiti territoriali minimi in cui espletare le gare, si sono svolte 235 gare. I dati disponibili riguardano 140 gare¹⁴. Nel TPL sono ancora prevalenti i casi di affidamento diretto o *in house*. Il ricorso alle procedure concorsuali è concentrato in alcune regioni del Centro-Nord, mentre in 8 regioni non è stata svolta alcuna gara.

¹⁵ Chiara Bentivogli ed Altri, *I servizi per la mobilità urbana*, in Magda Bianco, Paolo Sestito, *I servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 71. Nello stesso volume sigli accordi di cartello p. 314.

¹⁶ Le Autorità d'ambito per il settore idrico si sono costituite in tutto il territorio nazionale e hanno costituito un'associazione, l'ANEA. Nel settore rifiuti il processo è molto più arretrato.

un particolare conflitto di interessi è presente in quest'ultimo caso (ma non manca neppure nei precedenti). Sono emerse tutte le difficoltà di una regolazione locale in capo a soggetti non indipendenti, privi delle necessarie competenze tecniche, inadeguati a fare valutazioni comparate tra gestori e quindi ad utilizzare tecniche di regolazione comparata. Le difficoltà sono oggettive (asimmetrie informative, esigenze di servizio universale variabili, obiettivi ambientali, esigenze di flessibilità del contratto), ma non superabili dal singolo ente locale, anche di rilevanti dimensioni (mentre per i comuni minori e negli ambiti non è ancora chiaro quale ente locale – non contaminato dal conflitto d'interessi – assumerà i compiti di governo). Le conseguenze possono tradursi in cattiva gestione del servizio, ma soprattutto in esborsi non dovuti di denaro pubblico o rincari delle tariffe, fino al rischio di perdere la proprietà di opere che dovrebbero diventare pubbliche, a fine gestione. Se lo svolgimento delle gare non è gestito in modo imparziale, competente e quindi autorevole, l'intera prospettiva della legislazione più recente è compromessa, meglio consentire la libera scelta dell'autoproduzione del servizio, meno nociva di gare gestite al buio da amministrazioni pubbliche non attrezzate.

Le criticità in sintesi e i possibili rimedi

I servizi pubblici locali sono connotati dalla coesistenza in capo agli enti locali di posizioni che generano conflitti d'interesse non del tutto eliminabili. Si aggiungano: la *frammentazione dei mercati*, le grandi *diversità nei costi e nelle tariffe*, l'assenza di una *regolazione nazionale* e l'*inadeguatezza degli apparati locali a svolgere compiti di regolazione* attraverso i contratti di servizio. Mancano spesso le *strutture di governo dei servizi* esternalizzati, dalla scelta della modalità di gestione alla capacità di predisporre bandi di gara e contratti di servizio, di redigere patti parasociali, di indirizzare e controllare le società *in house*, di controllare le gestioni proprie ed esterne. Le *utilities*, anche se *in house*, esprimono nei fatti un elevato grado di indipendenza. Da un punto di vista nazionale, manca la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e degli *standard minimi di qualità dei principali servizi*. Mancano criteri che – trattandosi di monopoli locali - consentano il *confronto comparativo tra gestioni*, e definiscano l'equa remunerazione degli investimenti. Gli stessi utenti *non sono adeguatamente tutelati*.

Sui singoli aspetti è possibile individuare integrazioni o modifiche migliorative all'attuale legislazione.

1) Preliminarmente e su di un piano generale, occorre coerenza, chiarezza e certezza della legislazione, armonizzando tra loro nuova disciplina generale e discipline settoriali, ma anche distinguendo nettamente se del caso le specificità settoriali. Per aumentare il tasso di corrispondenza tra previsione normativa e comportamenti effettivi (legalità), occorre anche superare le ragioni di resistenza all'applicazione di norme di riforma, ad esempio sul piano degli investimenti e su quello dell'occupazione del personale (ammortizzatori sociali, superando il metodo della clausola sociale).

2) Per garantire la diffusione nazionale e la qualità dei servizi occorre fissare standard di qualità che, secondo una legislazione rimasta inattuata¹⁷, dovrebbero essere stabiliti da autorità nazionali di regolazione.

¹⁷ Art. 113, comma 7; comma 461, legge n. 244/2007; art. 1, d. lgs. n. 198/2009.

3) I conflitti d'interesse non sono del tutto eliminabili, ma correzioni possono venire dall'accentuare la distanza tra attività d'indirizzo e gestione: - perfezionando le norme sulla scelta degli amministratori, ma anche di dirigenti e revisori dei conti: - non dovrebbe essere nominato revisore chi nei tre anni precedenti è stato revisore dell'ente locale socio; - dovrebbe essere escluso dalla carica di amministratore e di direttore generale non soltanto chi ha ricoperto cariche politiche, anche il candidato non eletto e chi ha ricoperto cariche politiche o sindacali; - per prevenire l'interferenza di interessi privati, dovrebbe essere escluso dalle medesime cariche chi ha svolto incarichi in imprese private che operino nello stesso settore e chi abbia o abbia avuto la proprietà/controllo di tali imprese o cariche direttive politiche e sindacali¹⁸; - **per maggior trasparenza, dovrebbe essere data pubblicità alla situazione patrimoniale e ai curricula dei candidati.**

- decidendo gli affidamenti e le gare a dimensione d'ambito; le incertezze della legislazione e l'inerzia delle regioni non hanno aiutato; ora la soppressione delle A. d'ATO ha prodotto l'effetto di bloccare il processo in attesa della legislazione regionale;

- migliorando la capacità di gestire le gare, ad esempio prevedendo durate non troppo lunghe dei contratti (il collegamento con gli investimenti è per lo più un falso problema); se la procedura di gara si svolge ad un livello sopra comunale questo agevola di per sé la possibilità di creare organizzazioni dotate delle necessarie competenze;

4) Garantire l'effettività dell'applicazione del codice appalti da parte delle società *in house* e delle società miste pubblico privato, indipendentemente in questo secondo caso dalla quota di partecipazione pubblica. La disciplina più recente aiuta in tal senso, ma le vie di elusione sono molteplici. Non si tratta di migliorare la legislazione, ma la sua concreta applicazione.

5) Garantire la corretta utilizzazione della società mista, combattendo la tentazione di: *a)* continuare ad acquisire più che altro soci finanziari; *b)* ampliare in corso di rapporto l'oggetto della società; *c)* prorogare la durata senza ripetere la gara. Anche qui, non si tratta di migliorare la legislazione ma la sua concreta applicazione;

6) Combattere l'uso opportunistico/clientelare delle società in genere e garantire la conoscenza dei bilanci delle società: *a)* con l'applicazione dei vincoli di finanza pubblica¹⁹; *b)* con l'applicazione delle nuove regole sulla provvista del personale²⁰; *c)* con l'introduzione di norme per redazione dei bilanci societari che ne consentano la confrontabilità; *d)* con la relazione annuale – si

¹⁸ V. sopra, cap...par...L'incarico non può essere conferito a coloro che: - abbiano svolto, nei tre anni precedenti, incarichi o cariche in imprese private che operino in settori coinvolti nell'attività dell'amministrazione;- abbiano la proprietà o il controllo di imprese (in proprio o attraverso coniuge e stretti familiari) che operano nel settore di interesse dell'incarico; -abbiano svolto, nei tre anni precedenti, cariche o incarichi pubblici elettivi o di carattere politico e fiduciario; - siano stati, nei tre anni precedenti, candidati non eletti a cariche o incarichi pubblici elettivi; - abbiano ricoperto, nei tre anni precedenti, cariche direttive in partiti politici; - abbiano svolto, nei tre anni precedenti, cariche sindacali nella stessa amministrazione o ente

¹⁹ Va segnalato che nel DDL c.d. anticorruzione, A.S. 2156, si introduce il bilancio consolidato dell'ente locale comprensivo della gestione dell'ente e di quella delle *aziende* partecipate (art. 147-quater).

²⁰ Il sopravvenuto D.L. n. 78 del 31 maggio 2010 sottopone anche le società non quotate, controllate direttamente o indirettamente, agli stessi vincoli della pubblica amministrazione in materia di assunzione di personale (art. 9, comma 29).

spera - della Sezione Autonomie della Corte dei Conti dedicata alle gestioni esternalizzate, che diffonde informazioni altrimenti non disponibili. Ora il d.l. n. 78/2010 ha introdotto una manovra anti-proliferazione societaria, vietando la costituzione di società ai comuni con meno di 30.000 abitanti ed imponendo una sola società ai comuni tra 30.000 e 50.000 abitanti /art. 14, comma 32).

7) Applicare la massima *trasparenza* possibile nei rapporti tra l'ente locale e la società di gestione. Dovrebbe essere conosciuto l'intero contratto di servizio.

8) Attuare la possibilità di *class action* emanando i necessari decreti²¹.

9) Non sempre è possibile rimediare migliorando la legislazione. Aspetti fondamentali vanno normati dalla funzione regolatoria di un'*Autorità indipendente*. Anche la funzione di controllo sull'applicazione delle norme e sullo svolgimento dei contratti di servizio, sia riferita alle società *in house* sia ai gestori terzi o in regime di 23-bis, comma 2, lett. b), richiede un attore indipendente e competente. La soluzione capace di dare risposta a molti dei problemi esaminati sta nell'istituzione di un'*Autorità indipendente di regolazione* o nell'ampliamento delle competenze dell'Autorità dell'energia (AEEG), fino a comprendere il settore idrico e i rifiuti (i trasporti dovrebbero avere un regolatore a sé stante). Dovrebbe trattarsi di un'Autorità nazionale (né statale, né regionale), sia per garantire diritti di cittadinanza non differenziabili localmente; sia perché l'Autorità dovrebbe essere unica ma consentire la compartecipazione delle regioni, di cui non si può disconoscere la competenza (salvo che per la tutela della concorrenza e la definizione dei livelli essenziali).

L'Autorità di regolazione dovrebbe essere posta in grado di valutare – con appositi strumenti comparativi – l'efficienza e l'economicità delle imprese; dovrebbe garantire adeguati livelli di qualità; monitorare la diffusione e fruizione dei servizi; definire un sistema tariffario certo e trasparente; tutelare gli interessi degli utenti; monitorare l'attuazione dei contratti di servizio; emanare all'occorrenza provvedimenti individuali diretti a verificare ed assicurare il rispetto delle regole²². Svolgere insomma quella funzione di indirizzo, controllo e garanzia che è indispensabile, sia nel caso di gestione *in house*, sia in quello di società mista o di affidamento a terzi.

²¹ Il rinvio a d.P.C.M. è contenuto nei due commi dell'art. 7 (norma transitoria) del decreto legislativo n. 198/2010. Si può agire per *violazione di standard qualitativi ed economici* soltanto se questi sono stati stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, *dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore*, come è noto per lo più mancanti (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 198/2010).

²² Ora per la prima volta nel DDL Anticorruzione (A.S. 2156) sono inseriti due articoli (147- *quater* e 147- *quinquies*) in materia di controlli sulle società partecipate e sulla qualità dei servizi, dove si prevede che siano esercitati da strutture proprie dell'ente locale. E' utile che si sia finalmente avvertita la lacuna, ma i doverosi controlli esercitabili dal singolo ente non possono certo sostituire, per contenuti ed estensione, quelli che è in grado di svolgere un'Autorità indipendente di settore.