

## I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DOPO L'ART. 15 DEL D.L. N. 135/2009.

## OSSERVAZIONI

Il Governo è ritornato – a 5 anni di distanza dalla revisione precedente – sulla disciplina dei servizi pubblici locali con due interventi, la legge 133 del 2008, art. 23-*bis* e il d.l. n. 135/2009, art. 15, che introduce numerose correzioni all'art. 23-*bis*, rendendolo finalmente applicabile<sup>1</sup>. Resta la necessità che la complessiva disciplina sia completata da un regolamento che il governo dovrebbe approntare entro il 31 dicembre 2009.

Si tratta senza dubbio di un passo in avanti, e del consolidamento di alcune regole fondamentali, da considerare con favore. Restano tuttavia aspetti critici non secondari, e resta soprattutto la possibilità che il testo subisca modifiche, non necessariamente migliorative, nell'iter per la conversione in legge.

*Disciplina generale o disciplina settoriale?*

L'opportunità di intervenire con una disciplina di carattere generale, a fronte di servizi pubblici locali molto diversi tra loro, è stata contestata soprattutto dagli economisti. A ben vedere i principi fondamentali della materia, pubblicità, trasparenza, *status* delle società pubbliche ed altri, ben possono essere comuni a tutti, restando la necessità di discipline settoriali. Il governo non ha seguito questa linea: ha dettato una disciplina impostata come generale, ma al contempo ha esentato determinati settori, per ragioni diverse, vuoi per mantenere una maggiore concorrenzialità già consolidata (gas),

---

<sup>1</sup> All'entrata in vigore del d.l. 135/2009, art. 15, la disciplina generale dei servizi pubblici locali era contenuta nell'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008 n. 133, e per le parti non incompatibili con il 23-bis, nell'art. 113 del T.U. contenente l'ordinamento degli enti locali, come modificato dal d.l. 269/2003 e relativa legge di conversione, nonché nelle discipline settoriali dei principali servizi (distribuzione del gas naturale, trasporto pubblico locale, ciclo idrico, ciclo dei rifiuti, energia elettrica per la parte locale). L'art. 23-bis si è aggiunto all'art. 113, non lo ha novellato, rendendo così necessario un non semplice lavoro di armonizzazione tra le due discipline.

vuoi invece per proteggerli dalla concorrenza (ferrovie regionali, energia). Ragioni di comodo, diciamo così, e neppure nuove<sup>2</sup>.

Il settore del gas naturale è stato espressamente escluso con l'art. 30, comma 26, della legge n. 99/2009; ora con l'art. 15 cit. anche il trasporto ferroviario regionale e l'energia elettrica sono esclusi, mentre sono soggetti alla “nuova” disciplina del 23-*bis* tutti gli altri settori (trasporto su gomma, ciclo idrico e ciclo dei rifiuti, oltre agli altri “innominati”). La disciplina del 23-*bis* prevale sulle preesistenti normative settoriali “incompatibili”, che vanno individuate. Ad esempio, è incompatibile la modalità di affidamento prevista per il ciclo dei rifiuti<sup>3</sup>, che esclude il ricorso all'*in house providing*?

L'interrogativo si è già posto all'entrata in vigore dell'art. 23-*bis*, che si sarebbe dovuto applicare a tutti i servizi pubblici, anche a quelli in cui le regole di concorrenza, *id est* la gara senza alternative, era già stata introdotta dalla relativa disciplina settoriale. Poiché però si diceva che la nuova disciplina sarebbe prevalsa sulle discipline settoriali “incompatibili”, era sorto l'interrogativo, se i regimi settoriali si potevano considerare salvi, per il fatto che non si sarebbe potuto considerare incompatibile una disciplina che già prevedeva l'obbligatorietà della gara, con una disciplina generale che dichiarava di voler favorire “la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi da parte di tutti gli operatori economici interessati”.

Il problema si poneva soprattutto per il gas, ma riguardava certamente anche i rifiuti e i trasporti. Argomenti non sarebbero mancati, per contrastare quegli enti locali che in nome del 23-*bis* avessero voluto tornare alla gestione *in house*, ma probabilmente non tali da prevalere. La pressione dei “gasisti” ha quindi prodotto l'esclusione del settore gas (luglio 2009, legge n. 99 art. 30), cui si sono aggiunti ora quelli dell'energia elettrica e del trasporto ferroviario regionale. La conseguenza è che il settore gas resta regolato dalle norme nettamente pro concorrenziali del d.lgs 164/2000, mentre per il

---

<sup>2</sup> Le disposizioni dell'art. 113 in tema di modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali prevalgono quindi su questi aspetti delle discipline di settore; restano ferme le altre disposizioni di settore; vi sono inoltre nel testo vari rinvii su specifiche scelte alle discipline di settore; le disposizioni dell'art. 113 non riguardano – per espressa esclusione - i settori dell'energia elettrica (d.lgs. n. 79/1999) e del gas naturale (d.lgs. n. 164/2000); riguardano invece i trasporti, le risorse idriche, i rifiuti.

<sup>3</sup> Codice ambiente, art. 202

trasporto ferroviario regionale valgono sì le norme interne che prevedono ineluttabilmente la gara (a proroghe scadute al 31 dicembre 2007), ma tenendo conto che con la legge n. 33/2009 (conv. in legge del d.l. n. 5/2009) è stato modificato il comma 1 dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997, in cui ora si dice che “i contratti di servizio relativi all'esercizio dei servizi di trasporto pubblico ferroviario comunque affidati hanno una durata minima non inferiore a sei anni rinnovabili di altri sei”. Di fatto 12 anni in luogo dei 9 massimi precedenti, una forma di proroga che vale anche per i contratti in corso.

Resta esclusa inoltre l'energia elettrica, che a rigore non è un servizio pubblico locale. Tenuto conto che la disciplina dei trasporti per ferrovia tenderà a differenziarsi, anche per effetto del regolamento UE del 2007, che nelle risorse idriche era già prevista un'alternativa alle gare, i settori in cui la procedura competitiva era già prevista come unica possibilità, e che ora dovrebbero ricadere sotto il nuovo sistema regola/deroga, sono i trasporti su gomma e i rifiuti.

*Della tutela e promozione della concorrenza. Le gare e le alternative.*

L'art. 15 consolida il rapporto regola (gara)/deroga (*in house*) introdotto dall'art. 23-*bis* del 2008: l'affidamento della gestione avviene di regola con gara e solo in casi eccezionali si può ricorrere alla gestione *in house*.

Ne deriva un fatto certamente positivo: si può considerare risolto l'interrogativo, se gli enti locali debbano motivare la scelta della gestione *in house* o se una tale decisione rientri nella loro autonomia. Sentenze recenti hanno già affermato l'obbligo di motivare il mancato ricorso al mercato; ora non si può più dubitare che una motivazione in ogni caso debba esserci, e soprattutto che quella motivazione debba riguardare la situazione di mercato per quello specifico servizio.

E' invece assai dubbio che, allo stato attuale del testo, l'*in house providing* sarà effettivamente giustificato da situazioni eccezionali. E che la forma prescelta di deroga sia effettivamente funzionale.

Se si largheggerà nel consentire l'*in house* si ritornerà di fatto all'assetto della normativa sui servizi pubblici locali contenuto nell'art. 113 del TUEL, che sembrava

destinato a durare nel tempo<sup>4</sup>. Vi erano, è vero, in quel testo ambiguità e lacune, ma il lavoro della giurisprudenza, particolarmente attenta ad applicare i principi comunitari come interpretati dalla Corte di giustizia, sembrava in grado di sopperire e rimediare<sup>5</sup>. Non si nega, né si sottovaluta, con questo, l'intrinseca contraddittorietà della soluzione del 2003: se è vero che nella scelta del gestore occorre applicare il principio di concorrenza e non semplicemente la disciplina comunitaria sugli appalti pubblici di servizi, è contraddittorio rimettere allo stesso ente locale la decisione, se privilegiare il ricorso al mercato o preferire la gestione in proprio (mediante società in house), indipendentemente dalle condizioni di mercato.

Con l'introduzione dell'art. 23-*bis* il governo in carica ha ceduto al fascino<sup>6</sup> della maggiore coerenza cui era improntato il ddl del Ministro Lanzillotta, XV Legislatura<sup>7</sup>. E si è posto in linea con la migliore giurisprudenza interna, che come si è detto da alcuni anni afferma il principio della motivazione della scelta in base alle alternative offerte dal mercato (si può citare per tutti il parere 2007 n. 456 del Consiglio di Stato).

Ma quanto è efficace e funzionale la nuova disciplina? La risposta la si può trovare nei dettagli della disciplina introdotta dall'art. 23-*bis* e ora chiarita dall'art. 15, comma 1, del d.l. n.135/2009. Tutto sta nel far sì che i casi in cui può essere consentito il ricorso all'autoproduzione del servizio attraverso una società pubblica controllata dallo stesso ente locale che ne è titolare restino effettivamente dei casi <eccezionali>. Ed è qui il punto debole.

---

<sup>4</sup> La possibilità di scelta garantita agli enti locali fra tre modalità alternative (la gestione in house, l'affidamento diretto con gara ad un imprenditore terzo o ad una società mista), accompagnata da un sufficientemente rigoroso regime delle società *in house*, escluse dal mercato, appariva la più coerente con l'orientamento delle forze politiche prevalenti, restie a togliere agli enti locali la possibilità di una gestione diretta dei servizi pubblici, come da tradizione. Avvalorava l'impressione di stabilità di quella disciplina il fatto che essa non confliggeva, nella sostanza, con gli orientamenti della Corte di Giustizia, la quale ha sempre ribadito la possibilità per l'ente pubblico dell'autoproduzione del servizio.

<sup>5</sup> L'interpretazione "adeguatrice" del Consiglio di Stato era parsa particolarmente efficace in tema di affidamenti diretti alle società miste, tema allora non affrontato dalla giurisprudenza comunitaria. Si era chiarito un aspetto fondamentale: l'affidamento a società mista non era una variante dell'*in house*, bensì una variante della gara, e su questo presupposto poteva essere considerato compatibile con i principi del Trattato CE.

<sup>6</sup> Al punto di riprodurne interi pezzi.

<sup>7</sup> Proposta che ora si può leggere, in versione depurata dai compromessi, nel progetto che porta il n. 948

I servizi pubblici considerati obbligatori dalla legge nonché quelli che gli enti locali decidono autonomamente di assumere (ad esempio i parcheggi) devono essere erogati e deve essere assicurata la continuità dell'erogazione. Ad esempio, se alla gara – correttamente bandita – non si presentano concorrenti, è necessario ricorrere eccezionalmente appunto ad altro sistema che assicuri la prestazione del servizio. E' un problema che si può presentare anche negli appalti pubblici di qualsiasi tipo, in cui per tale ipotesi si prevede la procedura negoziata senza previa indizione di gara, artt. 57 e 221 del Codice appalti.

Nel caso dei servizi pubblici il rimedio previsto in mancanza di un'adeguata offerta da parte del mercato non è la procedura negoziata, o altro, bensì la gestione diretta con propria impresa. La possibilità di scegliere la gestione diretta è consentita nei casi in cui non sia possibile *“un efficace ed utile ricorso al mercato”* (comma 3 dell'art. 23-bis come modificato dall'art. 15). Circostanza che potrebbe verificarsi per *“peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento”*<sup>8</sup> (comma 3 dell'art. 23-bis, non modificato su questo punto dall'art. 15). L'ente locale deve produrre *“un'analisi di mercato”* e formulare una relazione, sulla base di tale analisi, all'Autorità garante, la quale ha 60 giorni di tempo per esprimere il proprio parere preventivo. Se non lo esprime nel termine, lo si intende favorevole (comma 4 dell'art. 23-bis, parzialmente modificato dall'art. 15).

Un'analisi di mercato consiste semplicemente nel rilevare se vi sono imprese idonee interessate a quello specifico servizio. Il fatto poi che tali imprese vi siano, dipende quasi esclusivamente dalle condizioni del servizio (tariffe, canoni, copertura oneri sociali, trattamento del personale), stabilite dall'ente locale che ne è responsabile. Se le condizioni sono tali che è possibile la copertura delle spese e un ragionevole utile d'impresa, è impossibile che non vi siano imprese interessate. Se le condizioni non sono note, e l'ente locale chiede una generica manifestazione d'interesse, è di nuovo impossibile che non vi siano imprese interessate. Quindi è difficile per non dire

---

<sup>8</sup> Il testo è identico a quello del pdl Lanzillotta n. 948.

impossibile compiere un'analisi di mercato senza aver specificato le condizioni e i vincoli della gestione di quel servizio. Insomma, occorrerebbe avere già un bando formulato.

Ma il legislatore vuole proprio evitare che l'ente sia costretto a formulare un bando e ad espletare una gara a vuoto prima di percorrere un'altra strada istituzionale. La norma serve per consentire all'ente locale di scegliere la gestione *in house* sulla base della ragionevole previsione che, stanti le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del territorio di riferimento in rapporto a quel determinato servizio, il ricorso al mercato – che qui significa alle imprese disponibili per quel settore – non sarebbe efficace ed utile. Perciò le condizioni che l'ente locale considera essenziali debbono risultare già dalla sua analisi di mercato. Le “particolari” condizioni ambientali e geomorfologiche del territorio, così come quelle economiche e sociali, costituiscono altrettanti elementi che inducono a ritenere la mancanza di interesse dell'impresa privata (o pubblica) a gestire quel servizio alle condizioni imprescindibili per l'autorità politica<sup>9</sup>.

Chiariti così i presupposti della “deroga” alla regola della gara, non si può sottacere l'impressione che la soluzione (consentire ancora in qualche caso la gestione *in house*) sia precostituita e non meditata in dipendenza della situazione in cui si viene a trovare l'ente locale. In sostanza un più o meno dignitoso compromesso con chi vuole soprattutto preservare la possibilità di gestione pubblica del servizio. Si pensi infatti che:

- l'ente locale può non disporre più di un'azienda pubblica cui far assumere la veste e il ruolo dell'*in house*;
- la società *in house* avrebbe gli stessi problemi economici che, si è ritenuto, avrebbero scoraggiato qualsiasi azienda privata dal concorrere per la gestione del servizio;
- sarebbe più semplice aver consentito una procedura sempre pubblica ma negoziata o in altro modo derogatoria per reperire altra impresa, che è il metodo seguito dal Codice Appalti.

Alle intrinseche difficoltà del percorso immaginato dai commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, confermato con integrazioni dal sopravvenuto art. 15, si aggiungono alcune previsioni

---

<sup>9</sup> Un'ulteriore annotazione: la valutazione, se esistano imprese potenzialmente interessate, non può essere riferita a quelle sole che abbiano operato precedentemente nell'ambito territoriale di riferimento, bensì a quelle che operano anche in qualsiasi altra parte del territorio nazionale

specifiche che possono avere l'effetto di rendere poco più che formale il requisito della motivazione.

Nel pdl Lanzillotta n. 948/XVI Legislatura, art. 7, vi sono due autorità che controllano la determinazione dell'ente locale, l'AGCM e le Autorità di regolazione di settore<sup>10</sup>, ove costituite, che possono adottare provvedimenti inibitori nel termine di 60 giorni. Secondo il testo del d.l. del Governo, vi è soltanto l'AGCM<sup>11</sup>, che ha 60 giorni di tempo<sup>12</sup> per emettere un parere, in ogni caso non vincolante. Se il parere non viene espresso, si intende favorevole. Essendo il parere "preventivo", esperita questa procedura e spirato il termine, l'ente può assumere definitivamente la propria determinazione, con l'onere di motivare – aggiungiamo noi - se dissente dal parere dell'Autorità.

Accanto a questa procedura, che autorizza l'Autorità ad una valutazione "implicita", va considerata l'interpretazione che l'Autorità stessa dà della propria funzione: il Presidente ha già espresso l'opinione<sup>13</sup>, riferita al 23-*bis*, che il giudizio di non adeguatezza dell'ipotesi fatta dal governo locale sia un giudizio di 2° grado, non avendo l'Autorità competenze istruttorie; in altre parole, l'AGCM dovrebbe limitarsi a riesaminare la motivazione dell'ente locale e i relativi elementi, per valutare ragionevolezza, non contraddittorietà e completezza; un controllo "esteriore" ben noto agli amministrativisti.

Infine, l'Autorità aveva già anticipato l'opinione che al di sotto di una certa dimensione dell'ente locale l'esistenza di un interesse del mercato avrebbe dovuto essere automaticamente esclusa. Ora il comma 4-*bis*, inserito dall'art. 15, attribuisce all'Autorità il compito di individuare le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere. Utile snellimento.

---

<sup>10</sup> Più precisamente, si sarebbe potuta prevedere la competenza dell'autorità di settore e in mancanza dell'AGCM.

<sup>11</sup> Ne deriva anche che non vi è nessuna seria intenzione di utilizzare Autorità di regolazione settoriali.

<sup>12</sup> Ci si chiede giustamente se di fronte ad un'analisi incompleta o insoddisfacente l'Autorità possa interrompere il termine e chiedere elementi ulteriori. Gli effetti in caso di risposta negativa sono ben illustrati da M. SEBASTIANI. Il tema è il potere regolamentare dell'Autorità nell'esercizio delle proprie funzioni, che richiede un separato approfondimento.

<sup>13</sup> Convegno Anigas febbraio 2009

Tuttavia la previsione della necessità di una procedura competitiva per scegliere un gestore risponde a principi di pubblicità e trasparenza di diritto interno e non soltanto comunitario (l'esistenza dell'interesse di imprenditori di altri paesi di partecipare), quindi anche al di sotto di determinate soglie vi può essere interesse da parte dell'imprenditoria locale (da parte della piccola impresa, degli artigiani, delle cooperative) e comunque si debbano esplicitare le ragioni delle proprie scelte.

Inoltre, con il messaggio che al di sotto di determinate dimensioni non vi è un mercato rilevante, l'ente locale si considererà più libero di ricorrere all'alternativa. Ma quale alternativa? Ha forse senso creare una propria impresa? Evidentemente no. Entrerà con una quota simbolica in una società *in house* preesistente e tutti fingeranno che eserciti sulla società il controllo "analogo".

La strada maestra ci sarebbe, se si fossero effettivamente attuate – in Italia e non soltanto in poche regioni - le norme che prevedono (trasporti, gas, risorse idriche, rifiuti), che un unico ente bandisca la gara per un intero ambito. Non dovrebbero esistere più, in quei settori, gare indette dal singolo comune. Il fatto che vi siano nella realizzazione di tali previsioni diffusi ritardi e quindi una situazione di illegalità non giustificerebbe una previsione normativa (tale sarebbe quella dell'AGCM) che in qualche modo vi contraddica. Qui si aprirebbero riflessioni molto più generali: previsioni statali (di competenza statale) che vengono tranquillamente disattese o rinviate alle calende greche da enti locali, con l'avallo dell'inerzia regionale, danno la misura, non di un sistema che rispetta le autonomie, ma semplicemente di un sistema che non funziona.

In sintesi, attraverso il sistema delle soglie, il "giudizio di secondo grado", il silenzio assenso, il carattere non vincolante e l'assenza di provvedimenti inibitori, la deroga rischia di trasformarsi in normalità. Va quindi senz'altro condiviso quanto proposto da Claudio DE VINCENTI<sup>14</sup>: "ricostituire le possibilità di deroga a condizioni di marginalità geografica, demandando al regolamento da emanare entro il 31 dicembre 2009 la definizione puntuale di tali condizioni ed escludendo del tutto altre possibilità di deroga".

---

<sup>14</sup> *I servizi pubblici locali nel decreto legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, in [astrid-online.it](http://astrid-online.it)



L'affidamento diretto a società mista.

Senza dubbio positiva, ma non esente da rilievi, la nuova norma che considera competitivo anche l'affidamento alle società miste.

Le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi erano state indicate nell'art. 23-*bis* in termini molto generali: procedure competitive ad evidenza pubblica rispettose dei principi del Trattato CE. Sorgeva quindi l'interrogativo, se l'affidamento ad una società mista fosse considerabile una modalità ordinaria. In via interpretativa, se si tiene conto della descrizione che dell'istituto ha fatto il Consiglio di Stato<sup>15</sup>, che lo ha ricondotto, per renderlo compatibile con il principio di concorrenza e con tutti i correlati principi che sono stati desunti dal Trattato, ad una procedura limpidamente competitiva, la risposta avrebbe dovuto essere già positiva: il comma 2 dell'art. 23 consentiva sia la gara per la scelta del gestore, sia la gara per la scelta del socio purché correlata all'affidamento di uno specifico servizio – e quindi una gara per il servizio aggiudicata ad un soggetto che diventa socio. Ma è vero anche che l'affidamento “diretto” ad una società partecipata dall'ente pubblico previa scelta competitiva del socio come gestore del servizio è un istituto complesso che necessita di una disciplina completa; infatti sia il mondo degli enti locali sia quello delle imprese sono restii ad assoggettarsi ai numerosi vincoli e condizioni che qualificano un istituto profondamente diverso dalle società miste vecchia maniera (o meglio si dovrebbe dire: attuale maniera). Quindi ben venga il nuovo comma 2, il quale chiarisce che due sono le possibili procedure competitive: la gara per il gestore terzo e la gara per il gestore socio.

La disciplina introdotta dalla lettera *b*) del nuovo comma 2 è soddisfacente? Soltanto in parte. Vi sono ancora elementi di ambiguità e soprattutto lacune. Per misurarle, occorre rifarsi alla giurisprudenza italiana (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/2008,

---

<sup>15</sup> Gli argomenti sono sintetizzati in Ad. Plen. n. 1/2008

che ha condiviso il parere della Sezione II dello stesso Consiglio n. 456/2007<sup>16</sup>), secondo la quale:

- è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca in sostanza la beneficiaria di un affidamento diretto ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società;

- laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, è legittimo un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

- 1) vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come "socio industriale od operativo", il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;
- 2) si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso.

Quanto sopra vale per il contenuto del bando, ma altrettante considerazioni vanno fatte per quanto riguarda la società, il suo oggetto sociale e i limiti della sua attività. La società mista "affidataria diretta" non può essere una società generalista, cui affidare servizi non identificati al momento della scelta del socio, e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*.

Se dunque queste sono allo stato attuale della nostra giurisprudenza le condizioni per ritenere coerente con i principi interni e comunitari l'affidamento diretto ad una società "mista", si notano subito nel comma 2, lett. b) perplessità e lacune.

*Perplessità:* scrivere in un testo normativo che la procedura deve avere "ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio"

---

<sup>16</sup> Sia pure considerandolo <uno dei possibili modelli> per una corretta realizzazione dei PPPI. Ma ha considerato illegittimo l'affidamento a società mista sottoposto al suo esame in quanto non ricorrevano i caratteri del modello ricostruito dalla Sezione consultiva.

si presta alla ricostruzione della procedura competitiva<sup>17</sup> come avente un **duplice oggetto**, la qualità di socio e condizioni e modalità di gestione del servizio, mentre la ricostruzione giurisprudenziale di cui sopra è netta nel configurare l'oggetto della gara nella sola gestione di quel determinato servizio per la durata prevista. In altre parole le qualità del socio contano, ovviamente, ma coincidono con quelle che mi garantiscono la migliore possibile gestione di quel servizio. In definitiva, vi è il rischio (superabile peraltro anche in via interpretativa, se il testo non fosse modificato) che vengano introdotti criteri spuri, come il prezzo delle quote societarie<sup>18</sup>.

Poiché non può esistere attività della società al di fuori della gestione di quello specifico servizio, né contemporaneamente, né successivamente, è quanto meno dubbio che esista un valore della società al di fuori degli utili ricavabili dal servizio stesso (v. infatti *infra* il comma 9 dell'art. 23-*bis*). Certo, possono esistere casi più complessi di quello "normale" (la formazione della società in esito alla gara), quando si ponga sul mercato l'ingresso in una società preesistente<sup>19</sup> che abbia un suo proprio valore, casi che non possono essere qui approfonditi<sup>20</sup>. Ma che servono a segnalare i rischi di distorsione dell'istituto che la giurisprudenza ha ricostruito e che il legislatore segue non si sa con quanta consapevolezza. A questo proposito va segnalata la clausola che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%: ricordo che la medesima clausola venne introdotta dalla Regione Abruzzo in una sua legge impugnata dal Governo<sup>21</sup>, che

---

<sup>17</sup> La procedura complessiva deve condurre anche alla costituzione della società, ma la scelta competitiva dell'impresa destinata a divenire anche socio deve avere ad oggetto esclusivamente la migliore gestione del servizio.

<sup>18</sup> Pericolo giustamente segnalato da Claudio DE VINCENZI nello scritto per Astrid "*I servizi pubblici locali nel decreto legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*".

<sup>19</sup> Il cui oggetto sociale dovrebbe peraltro essere appositamente ridimensionato.

<sup>20</sup> Si veda ora quanto scrive in proposito Mario SEBASTIANI, *I servizi pubblici locali: lavori in corso?* che illustra il caso di una possibile gara "a doppio oggetto".

<sup>21</sup> Tale limitazione, non contemplata dall'art. 113, comma 5, lettera *b*) del d.lgs. n. 267 del 2000, contrasterebbe con l'art. 3 della Costituzione, in quanto appare irrazionale stabilire un limite minimo, anziché massimo, alla partecipazione privata. La disposizione in esame, inoltre, sarebbe suscettibile di alterare il regime di libero mercato, nonché contraddittoria con la scelta del legislatore statale di consentire anche apporti di non elevato rilievo finanziario da parte di soggetti in possesso, peraltro, delle necessarie capacità tecniche".

passò poi il vaglio della Corte costituzionale<sup>22</sup> in buona parte indenne. Ben venga una norma che si pone il problema dell'entità della partecipazione privata in esito ad una gara del tipo sopradescritto e che, se pur non attribuisce al privato socio operativo la maggioranza (come sarebbe più logico), esclude quanto meno le quote minime. Ma essa reca i segni di una non ancora chiara consapevolezza della particolarità dell'istituto.

*Lacune:* la previsione del comma 2 lett. b) è completata dal divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né attraverso altre società, né partecipando a gare (art. 23-bis, comma 9, modificato dall'art. 15), ed è questa serie di divieti che qualifica molto opportunamente il tipo di società. Ma sarebbe stato opportuno prevedere espressamente – trattandosi di un istituto così poco “assimilato” dagli operatori del settore - la durata della società, la limitazione dell'oggetto sociale, le modalità di uscita del socio o di rinnovo della procedura, nonché la necessità di inserire nel bando di gara le relative clausole.

Non sono invece da condividere le obiezioni di ANCI<sup>23</sup>, una prima che si appunta sull'affidamento “al privato di tutti i compiti operativi”. Secondo l'Associazione la creazione della società mista servirebbe ad acquisire know-how tecnico specializzato (per future società *in house*?). Secondo chi scrive, essa serve a consentire un controllo da parte dell'Amministrazione dall'interno, e non soltanto con lo strumento del contratto di servizio. Una seconda critica è così espressa: “*Che interesse avrebbe il privato a partecipare ad una gara per l'affidamento di un servizio di cui assumerebbe tutti i compiti operativi e una partecipazione azionaria che può essere anche del 90%, se poi non può partecipare a gare per ulteriori ambiti territoriali e servizi in base ai divieti previsti dal riformulato comma 9, in quanto considerato affidatario diretto?*” In verità il privato può partecipare a tutte altre gare che vuole. E' la società che non può partecipare, non perché sia affidataria diretta, ma perché ha necessariamente un unico oggetto: altri non se ne possono inserire. Come si vede, è ancora lunga la strada per far “digerire” questo modello gestionale.

---

<sup>22</sup> Corte cost. n. 29/2006

<sup>23</sup> Testo reperibile nel sito di [astrid-online.it](http://astrid-online.it)

### La disciplina delle gare.

Se la funzione del 23-*bis*, anche emendato dall'art. 15, è e resta quella di affermare un principio: la gara come regola, l'*in house* come eccezione, va ricordato che tale principio non è generale. Non si applica alla distribuzione del gas naturale, ai trasporti ferroviari, all'energia elettrica, che restano in tutto disciplinati dalle discipline di settore, comprese le modalità delle gare laddove previste, e la fase transitoria. Ed è sulle modalità delle gare che la disciplina è attualmente carente.

Se si tratta di <appalto di servizi (pubblici)><sup>24</sup> trova applicazione il codice appalti, in cui vi è una vasta gamma di modalità diverse, in relazione ai presupposti, e quindi una notevole elasticità. Se si tratta invece di <concessione di servizi (pubblici)> la disciplina attuale è carente, ed andrebbe introdotta settorialmente, per le oggettive differenze che li distinguono. Andrebbero chiariti, nei settori con attività complesse, come il ciclo idrico e quello dei rifiuti, le possibili alternative sull'oggetto delle gare<sup>25</sup> (e relative durate degli affidamenti), le eventuali possibilità di rinegoziazione, in relazione alla durata e al grado di complessità dell'oggetto, degli investimenti e delle tariffe.

Andrebbe chiarito anche quale sia la linea da seguire quando alla gara indetta dall'ente locale partecipa un'impresa di proprietà dello stesso ente, sul presupposto che il carattere "oggettivo" della gara non sia garanzia sufficiente.

Quindi il lavoro legislativo o normativo non è affatto finito. Attendiamo il regolamento, cui spetta tra l'altro la revisione della disciplina delle incompatibilità e la netta distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione. Come si fa, quando l'impresa è *in house*?

### Le Autorità di regolazione: assenti

---

<sup>24</sup> La differenza tra appalto e concessione deriva dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: "Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva 2004/17, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuridica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo" (C-206/08 del 10/09/09)

<sup>25</sup>

E' questa una grave carenza del testo e più in generale dell'indirizzo del Governo. Il tema della gamma delle soluzioni contrattuali, che come abbiamo detto esiste già negli appalti, ma non nelle concessioni di servizi (pubblici) e quello della gestione delle gare e, prima ancora, dell'applicazione del comma 3 (motivazione della non gara) richiede l'esistenza di autorità di regolazione di settore. Sappiamo invece che tali autorità non esistono per i rifiuti, per il ciclo idrico, per i trasporti. Che il riferimento alle autorità di settore è scomparso dal comma 3 e che il tema della loro introduzione non è affatto all'ordine del giorno, per non dire che appare abbandonato. "Il tutto sarebbe più credibile se la definizione ed applicazione di queste regole fosse affidata ad un soggetto indipendente, lontano da pressioni politiche contingenti, al quale sia attribuito, tra gli altri, il compito di definire le regole contabili per calcolare i costi e dunque i ricavi spettanti al gestore, approvare le revisioni tariffarie nonché valutare la sostenibilità economico-finanziaria delle gestioni"<sup>26</sup>

*Lo stato giuridico delle società in house (e delle società miste in affidamento diretto)*

Il divieto di partecipare a gare per le società in affidamento diretto era scritto nel comma 6 dell'art. 113 del Tuel; poi l'art. 23-bis, comma 9, introdusse una norma più chiara e completa. Il comma 9 come modificato dall'art. 15 la riscrive riprendendo una stesura risalente, senza modificare il comma nella sostanza<sup>27</sup> ma chiarendo, molto opportunamente, che anche le società miste affidatarie mediante la particolare gara sopra descritta sono totalmente escluse dal mercato (*né servizi ulteriori, né in ambiti territoriali diversi*).

E' utile evidenziare la diversa ragione di questa esclusione: la società *in house* è esclusa perché affidataria diretta, organismo "interno" dell'ente pubblico, che in quanto tale può gestire (sia pure "eccezionalmente") senza essere passato per le regole dell'evidenza pubblica; la società mista del comma 2, lett. b), non è esclusa in quanto sia

---

<sup>26</sup> Non si può non concordare con A. MASSARUTTO, *I servizi pubblici locali e il vicolo cieco della gara*, lavoce.info, 25.09.2009

<sup>27</sup> E' soppresso il riferimento alla disciplina transitoria che ora è tutta collocata nel comma 8.

da considerare affidataria diretta, ma perché affidataria di un unico servizio (o di più servizi), i quali soltanto può svolgere.

Questa differenza si ripresenta nella lett. *a*) dell'art. 10, che affida al Governo un regolamento delegato (da esaminarsi ora entro il 31.12.2009) che preveda tra l'altro il regime delle società *in house* e delle società con partecipazione pubblica.

La versione iniziale del testo prevedeva che l'assoggettamento al patto di stabilità riguardasse i soggetti "affidatari diretti" di servizi pubblici locali. Il testo emendato dall'art. 15 elimina l'affidamento diretto e fa invece riferimento esclusivamente alle società *in house*: giustamente, perché le società miste di cui sopra non sono affidatarie dirette.

A proposito di società *in house*, debbono essere tali anche le società cui è affidata direttamente la gestione di reti e impianti, ove separata dall'erogazione del servizio; continua ad applicarsi infatti l'art. 113, comma 4, lett. *a*), che è in armonia con il successivo 23-*bis*. Ci si riferisce alla disciplina dell'art. 113 (che non è stato abrogato) nella parte in cui prevedeva che il legislatore settoriale potesse prevedere la separazione tra gestione di reti ed impianti ed erogazione del servizio. In tal caso si prevedeva che per la gestione della rete si facesse ricorso all'*in house providing*, naturalmente senza controlli indipendenti sulla decisione locale. Ora è da ritenere che anche in questo caso l'*in house* debba essere giustificato secondo la disciplina generale, che ha valore di principio.

Per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica riguarda invece sia le società *in house*, sia quelle a partecipazione mista pubblico privata (lett. *a*) del comma 10 dell'art. 23-*bis*). Per quanto riguarda le prime, la disciplina pubblicistica discende già oggi dalla natura pubblica del soggetto. Per quanto riguarda le seconde, non si può non notare la genericità della prescrizione, comprensibile soltanto considerandola un indirizzo al Governo<sup>28</sup>. Quali

---

<sup>28</sup> confrontata con quanto recentemente stabilito dall'art. 18 della legge 133/2008, secondo cui "le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

sono le società miste di cui qui si parla, le società del comma 2, lett. b)? che dovrebbero essere prevalentemente private? Le società a capitale misto con cui l'ente pubblico sta nel mercato (società che non dovrebbero più sorgere, oggi, dopo le recenti restrizioni sulla possibilità di costituire società pubbliche<sup>29</sup> o le "vecchie" società miste maggioritarie o minoritarie che sussistono transitoriamente, stante i recenti divieti legislativi?

### Le società quotate

Le società quotate sono premiate. Erano già state premiate nella precedente disciplina escludendole dalla cessazione anticipata delle concessioni in essere e dall'obbligo dello scorporo delle reti. Scelte che potevano essere giustificate dall'esigenza di tutelarne il valore di borsa e quindi il risparmio. Ora le società quotate e le loro controllate che gestiscono servizi senza gara possono acquisire direttamente o indirettamente la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi sia partecipando a gare sia acquisendo direttamente servizi o attività per enti pubblici o privati (nuovo comma 9 dell'art. 23-*bis*).

Privilegio che appare francamente eccessivo ed è stato opportunamente criticato (DE VINCENTI, op. loc. cit.). La ragione del trattamento differenziato non è più la tutela del risparmio. D'altra parte le società quotate sono già favorite dalla maggior durata degli affidamenti in corso contrari alla nuova disciplina, sia pure nel caso di diminuzione della quota pubblica. Ma il punto non è il rapporto pubblico privato, bensì la violazione del principio di parità nelle competizioni per l'assegnazione dei servizi.

### La transizione

La disciplina della transizione è finalmente chiara e coerente: secondo l'art. 15

---

*Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità".*

*Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati".*

Il tutto va inoltre coordinato con l'art. 32, comma 1, lett. c) del Codice appalti e con l'art. 13 della legge 248/2006.

<sup>29</sup> Escluse quelle cui compete la gestione di servizi pubblici (ma in tal caso non sono imprese che stanno nel mercato).



- al **31 dicembre 2010** cessano *ex lege* tutte le gestioni “irregolari” anche in base alla disciplina del 2003;

- al **31 dicembre 2011** cessano *ex lege* gli affidamenti che erano conformi alla disciplina 2003 (o alla sua prevalente applicazione) e quindi, sia gli affidamenti *in house* anche se conformi alla disciplina comunitaria, sia gli affidamenti diretti a società miste pubblico privato con socio scelto a gara ma non conformi al nuovo comma 2 lett. *b*);

- al **31 dicembre 2012** cessano *ex lege* gli affidamenti diretti<sup>30</sup> alle società quotate e loro controllate se la partecipazione pubblica nella società affidataria non scende entro quella data ad una quota non superiore al 30%.

**Continuano fino a scadenza** soltanto gli affidamenti a società miste pubblico private già coerenti con quanto richiesto ora dal nuovo comma 2, lett. *b*) dell'art. 23-*bis* e quelli alle società quotate in cui la partecipazione pubblica scenda al 30%. Si noti che tutti gli affidamenti *in house* cessano anticipatamente, dato che nessuno può essere conforme al nuovo comma 3 dell'art. 23-*bis*.

Sempre alla disciplina transitoria appartiene la previsione che consente alle affidatarie dirette la possibilità di partecipare alla sola gara per il servizio da esse gestito, e non più a “tutte” le prime gare. Diminuisce così il numero dei soggetti che possono partecipare e quindi la concorrenza.

La chiarezza della disciplina transitoria non impedirà i tentativi di aggiramento, ad esempio l'adeguamento “successivo” alle condizioni richieste, per avvalersi della maggiore durata o della scadenza naturale del rapporto<sup>31</sup>. Dovrebbero, a rigore essere inutili (ma il rigore non è di frequente applicazione).

Mario SEBASTIANI osserva che il socio – a maggior ragione se scelto con gara – potrebbe invocare la tutela dell'affidamento di fronte alla cessazione anticipata del rapporto. Direi che il problema è già stato risolto dalla Corte costituzionale quando ha esaminato la disciplina transitoria dell'art. 35 della Finanziaria 2002. L'introduzione di una nuova disciplina conforme ai principi di concorrenza getta una luce negativa sulla disciplina precedente, che di quei principi non era rispettosa. L'effetto negativo deriva da

---

<sup>30</sup> Assentiti alla data del 1 ottobre 2003

<sup>31</sup> Lo osserva M. SEBASTIANI, op. loc. cit.

una nuova disciplina di carattere generale, che tutela un interesse prevalente rispetto a quello del privato, il quale non può invocare il proprio affidamento in quella disciplina che non era conforme a principi costituzionali.

### Il futuro regolamento

Resta, anche nella revisione dell'art. 15, la stranezza di un regolamento, sia pure delegato, cui sono affidati i “fondamentali” della materia. Spetta infatti al regolamento, insieme ad aspetti specifici:

- limitare i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche;
- individuare 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;
- prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina delle incompatibilità.

ANCI ha osservato giustamente che *“la concorrenza nel mercato rappresenta la vera liberalizzazione, quella in cui il cittadino utente può scegliere tra una pluralità di gestori...”*. Al riguardo ci permettiamo di ricordare che l'ormai lontano A.C. 7042 della XIII legislatura, approvato in Commissione alla Camera dopo essere stato licenziato dal Senato, già diceva nel suo primo articolo: *“Gli enti locali, nell'esercizio delle funzioni di loro competenza, provvedono ad organizzare i servizi pubblici, o segmenti di essi, con le modalità di cui al presente articolo, ove il relativo svolgimento in regime di concorrenza non assicuri la regolarità, la continuità, la accessibilità, la economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di uguaglianza”*.

E' credibile che un regolamento possa fare ora quello che il legislatore non è riuscito fin qui a definire e a chiarire? Ad iniziare dalla liberalizzazione di quei servizi o segmenti di servizi che possono essere restituiti al mercato ed uscire quindi dal regime di pubblici servizi? Questi incarichi al futuro regolamento assomigliano tanto a degli scarichi di coscienza, il Governo sa che quei punti fondamentali andrebbero affrontati,

non ci riesce, così rinvia ad un regolamento, che non lo farà, probabilmente anche per inadeguatezza della fonte.

Non occorre altro per sottolineare che la disciplina di questa materia è lungi dall'avere una sede di adeguata e coerente sistemazione, nei limiti della competenza statale.

Per il resto, tutto bene.