

I servizi pubblici locali e l’articolo 15 del decreto salva-infrazioni: gli effetti del passaggio parlamentare

DI ADRIANA VIGNERI

Può anche essere vero che il passaggio parlamentare non ha stravolto il testo iniziale, come dice il Governo che se ne dichiara soddisfatto, ma non vi è dubbio che il Senato abbia introdotto modifiche significative, raramente migliorative di un testo su cui abbiamo già fatto numerosi rilievi. Il più rilevante dei quali è, probabilmente, che scelte di indirizzo e principi fondamentali della materia sono affidate al regolamento governativo (se ne occuperà?) in luogo di essere contenute nella legge.

1. La modifica più significativa riguarda la configurazione della società mista (nuovo comma 2, lett. b) dell’art. 23-bis), cui si connette la norma sul regime transitorio delle attuali società *in house* (comma 8 lett. a) modificata dell’art. 23-bis).

La società mista è il vero punto critico della nuova disciplina. Il principio del preventivo ricorso al mercato è ormai stabilizzato, per effetto di sentenze dei giudici italiani e per effetto ora dell’art. 23-bis del 2008, che non ha subito attenuazioni dall’art. 15 attuale. A prescindere dal ruolo che giocherà il parere dell’Antitrust, e finanche se tale parere venisse in futuro eliminato, si è consolidato un criterio importante di valutazione in mano ai giudici amministrativi: le deliberazioni che scelgono forme di affidamento diretto debbono motivare il mancato ricorso al mercato in relazione all’esistenza anche potenziale e alla qualità dell’offerta imprenditoriale. Va aggiunto che da parte sua l’Antitrust ha interpretato seriamente il proprio compito, richiedendo in ogni caso lo svolgimento di un’indagine di mercato (i pareri fin qui emessi, 78, sono tutti negativi). Anche le norme sulle gestioni dirette, l’*in house providing*, sono ormai chiarite e stabilizzate. Non vi sono state attenuazioni sulla necessità che la società sia interamente pubblica¹.

Il caratteri della società mista compatibile con l’ordinamento proconcorrenziale – così come individuati dal noto parere del Consiglio di Stato 2007, estensore Carbone, e come potevano essere ricostruiti interpretativamente

¹ Neppure la Corte di giustizia ha abbandonato il criterio della totale proprietà pubblica, pur avendo attenuato la rilevanza di clausole del contratto di società che rendano possibile l’ingresso successivo di soci privati (ovviamente in tal caso con gara).

dal testo governativo del comma 2, lett. b) – sono invece ancora incerti. ANCI al riguardo aveva affermato nel corso dei lavori (Audizione informale alla Commissione I Senato) che la creazione della società mista serve al Comune per acquisire know-how tecnico privato specializzato ed aveva conseguentemente predisposto un emendamento in cui si chiedeva la modifica dell’oggetto della gara per la scelta del socio: in luogo di “l’attribuzione **dei** compiti operativi” , l’attribuzione “**di** compiti operativi”. L’emendamento proposto da Anci è stato accolto (già in Commissione) con un perfezionamento: ora il testo, approvato poi anche in Aula, dice “l’attribuzione **di specifici compiti operativi**”. Siamo passati dall’attribuzione, con gara, al socio privato, di tutti i compiti operativi connessi alla gestione del servizio, all’attribuzione soltanto di compiti specifici. Dalla specificità del servizio alla specificità dei compiti.

Qualche considerazione. Secondo un’interpretazione “liberale” del nuovo testo del comma 2, lett.b) si può dire che ora la società mista può configurarsi diversamente a secondo dell’oggetto della gara: se è messa a gara la gestione di quello specifico servizio, il privato è il gestore e il socio pubblico svolge dall’interno della società una funzione di controllo. Se è messa a gara una parte soltanto, scorporabile, dell’attività, la gestione è ripartita tra il soggetto pubblico e il privato. Se fosse così, si potrebbe concludere che la nuova dizione è più elastica dell’originario testo governativo, permette assetti diversificati, che non vi è ragione di non consentire, una volta stabilito che la gestione pubblica diretta è possibile. L’importante è che in ogni caso il privato sia scelto con gara che abbia ad oggetto gli specifici compiti da svolgere; che alla fine della gestione cessi anche il rapporto di società e si faccia una nuova gara; che la società così composta non possa svolgere altre attività. Va segnalato positivamente che questo aspetto non ha subito modificazioni.

Ma siamo sicuri che il testo vada letto così? La nuova dizione può essere interpretata invece come preclusiva di una gara in cui sostanzialmente tutti i compiti operativi siano messi in competizione (ma ci auguriamo che non avvenga). Ci troveremmo allora di fronte ad un istituto che non consente al comune una partnership in cui sia in gioco la gestione dell’intero servizio. Si potrebbe anche mettere a gara soltanto la fatturazione e bollettazione, e giustificare il 40% che la norma continua a richiedere come quota minima di associazione con la contribuzione finanziaria. Se già prima ci si poneva il problema che il socio non fosse

scelto come un socio di capitale (colui che paga più care le quote societarie), attribuendo a questo aspetto un punteggio prevalente, per non snaturare la gara per la gestione, ora non è più neppure possibile porsi il problema: manca il criterio di riferimento.

L'istituto della società mista rischia di passare insomma da una rigidità all'altra. Ma soprattutto: è coerente il sistema che esce dalla nuova formulazione dei due commi cruciali. Il 2 e il 3 dell'art. 23-bis?

L'alternativa principale è nota: o si tratta di gestione *in house*, se ne esistono i presupposti di impossibilità di ricorso al mercato, oppure la scelta del gestore terzo deve essere pubblica e trasparente. In questo nuovo regime, molto diverso dal precedente, l'*in house* è utilizzabile soltanto se non è possibile il ricorso al mercato. La scelta del gestore da inserire in una società con l'ente locale appartiene alle scelte competitive, non è una variante dell'*in house*. Per far ricorso alla società mista così configurata l'ente locale non deve dimostrare che il mercato non offre imprese adeguate, ché anzi al mercato sta proprio ricorrendo, deve soltanto motivare sulle ragioni che lo inducono a preferire la posizione di unirsi in società con il gestore.

La nuova soluzione, che consente di acquisire un socio anche soltanto per fargli svolgere una parte o una piccola parte della gestione, inserisce nel sistema un nuovo e diverso soggetto: **una società *in house*** (nel senso che il soggetto pubblico è il cogestore o il gestore prevalente) **in cui vi è un socio privato scelto con gara**. Soluzione che sarebbe stata coerente con il comma 5 dell'art. 113 Tuel, **ma non è necessariamente compatibile, una volta che l'*in house* sia consentita soltanto se si dimostra l'impossibilità di far ricorso al mercato**.

Questo tipo di società mista è compatibile con gli orientamenti della Corte di giustizia? Non abbiamo ancora elementi per rispondere. Ora disponiamo della prima sentenza esplicita sul punto delle società miste, ma riguarda un caso (Sicilia, Provincia di Ragusa) in cui era messo a gara l'intero servizio. La CGCE 15 ottobre 2009, C-196/08, pronunciandosi su di un caso di società mista costituenda con un socio (49%) scelto con gara per la gestione in concessione dell'intero servizio idrico, ha stabilito, conformemente alle conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza italiana, che in tal caso *“introdurre una doppia gara (id est: prima tra candidati soci, poi tra candidate società) sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, perché*

l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo". Conseguentemente si può ovviare alla mancanza della gara in capo alla società *"dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta"* (p. 59). La Corte precisa che *"una società a capitale misto pubblico e privato, come quella di cui trattasi deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe l'obbligo di indire una gara (sentenza 19 giugno 2008, C-454/06)".* Abbiamo così la conferma della compatibilità comunitaria della configurazione "governativa" della società mista. Non ancora o non sicuramente della società mista che deriva nel testo italiano dalle modifiche parlamentari. Aspetto sul quale occorreranno ulteriori approfondimenti.

Per ora ritorniamo soltanto sul tipo di gara con la quale si individua il socio, oltre che il gestore, dato che la Corte nella sentenza sopra esposta parla dei criteri di scelta del socio *"che si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche.....e alle caratteristiche della sua offerta.....in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire"*. Poiché la società ha un unico oggetto, la gestione di quello specifico servizio, e su questo la sentenza è chiara, il capitale di cui si parla è il contributo alle spese di funzionamento della società, e quindi di limitato importo? O è una dimostrazione di solidità finanziaria e quindi una garanzia per le successive vicende della gestione, o anche semplicemente una contribuzione per il *dominus* ente locale? Se fosse di questo secondo tipo, va segnalato il rischio che requisiti che dovrebbero essere richiesti, garanzie comprese, al competitore per la gestione, si spostino sul contributo al capitale sociale, con evidenti effetti distorsivi sulla stessa gara.

Quanto all'interesse dell'impresa privata ad accedere a questo tipo di società, se veniva messo in dubbio (ANCI) quando la norma prevedeva che al privato andassero tutti i compiti operativi, ora a maggior ragione se ne potrebbe dubitare, soprattutto per la posizione minoritaria in cui il socio privato si troverebbe. A meno che i soggetti cui si pensa, e che non disturberebbero la *governance* delle società pubbliche, non siano dei privati particolari, come le fondazioni di origine bancaria.

L'emendamento introdotto al comma 2, lett. b) dell'art. 23-bis ha portato con sé anche la modifica del regime transitorio delle società esistenti che sono in regola con la precedente disciplina dell'*in house*. Poiché non possono essere conformi alla nuova disciplina (soltanto ora essendo richiesta l'analisi di mercato e il parere dell'Antitrust), era prevista la loro cessazione al 31 dicembre 2011. In vista di tale cessazione si sarebbe dovuta predisporre un'analisi di mercato per le susseguenti decisioni. Ora invece l'ente locale ha interesse a ricercare un socio anche di minoranza. Se lo trova, la gestione da parte della società pubblica potrà durare per tutta la durata prevista (di solito molto lunga, e qualche volta non fissata affatto).

In sintesi, se la disciplina del 2003 aveva fortemente incentivato le società *in house*, questa del 2009 incentiva fortemente le società miste maggioritarie.

2. Le ulteriori modifiche possono essere prese in considerazione nel loro insieme, richiedendo osservazioni più limitate.

a) Ulteriori norme di favore per le società quotate sono state introdotte nel comma 8 dell'art. 23-bis. Si tratta della disciplina transitoria per le quotate, i cui affidamenti diretti cessavano secondo il testo del Governo alla scadenza prevista se la partecipazione pubblica scendeva al 30% entro dicembre 2012. In caso contrario la scadenza anticipata era fissata al 31 dicembre 2012. Ora i tempi e le quote di partecipazione sono modulati in modo da consentire un più conveniente accesso al mercato. Ora è sufficiente essere scesi al 40% entro il dicembre 2013 e al 30% entro il dicembre 2015, che diventa anche la nuova data fdi scadenza "anticipata". L'esigenza di scaglionamento è fondata, ma i tempi sono decisamente eccessivi.

b) Con la nuova versione del comma 9 dell'art. 23-bis è stata allargata anche la possibilità per tutti gli attuali affidatari diretti di concorrere, non soltanto alla gara indetta per l'affidamento del servizio da essi stessi gestito, ma a tutte le prime gare. Anche questa era una richiesta delle autonomie locali e delle loro

aziende, e certamente consente una più ampia concorrenza, per quanto vada sempre ricordato che si tratta di concorrenti variamente privilegiati.

c) Il contributo parlamentare ha sottratto all'ambito di applicazione dell'art. 23-bis anche la gestione delle farmacie comunali. Così ammontano a quattro i settori sottratti, distribuzione del gas naturale, trasporti ferroviari regionali, energia elettrica, farmacie. Restano i settori poveri, come il ciclo idrico e i trasporti collettivi su gomma, e i rifiuti. Valgono qui le considerazioni che si sono già fatte. Il governo ha rinunciato di fatto ad introdurre una comune disciplina di principio, di cui si sente la necessità pur nell'esigenza di normare specificamente i singoli settori. L'esenzione d'altra parte non ha neppure una unica e comune giustificazione. Le ragioni delle singole esenzioni sono diverse, vuoi per mantenere una concorrenzialità già consolidata (gas), vuoi invece per proteggere dalla concorrenza (ferrovie regionali, energia); vuoi per introdurre una disciplina apposita (farmacie).

d) Altre modificazioni: a parte l'allungamento dei termini introdotto con i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater; lo spostamento – indecente - al 31 dicembre 2012 della fissazione degli ambiti per le gare di distribuzione del gas naturale, resta da dire del servizio idrico, per il quale è stato inserito il seguente periodo: “ *Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del decreto-legge 112 del 2008, convertito dalla legge 133, del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 152 del 2006, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio* (nuova lett. a-bis). Sul contenuto non vi è molto da dire, mentre sono evidenti le ragioni politiche di questo riferimento, il contenuto del testo non cambia per nulla il regime esistente,

né sul regime delle acque, né sui poteri pubblici destinati a garantire l’universalità del servizio.