

La riforma dei servizi pubblici locali

Valutazioni e prospettive

Adriana Vigneri

## 1. VALUTAZIONI E PROSPETTIVE

- 1.1. *Premessa*
- 1.2. *Fino a che punto si tratta di una disciplina stabile e duratura?*
- 1.3. *Fino a che punto si tratta di una disciplina innovativa?*
- 1.4. *E' una disciplina essenziale ma completa?*
- 1.5. *Le lacune. Chi decide organizzazione ed affidamenti?*
- 1.6. *Le lacune. Le regole per le gare.*
- 1.7. *Le lacune. Gli standard di qualità*
- 1.8. *Le lacune. Le tariffe*
- 1.9. *La necessità di Autorità indipendenti di regolazione*

## 2. INQUADRAMENTO

- 2.1. *Disciplina interna e Trattato*
- 2.2. *Concorrenza nel mercato o per il mercato*
- 2.3. *Concessione, affidamento o conferimento*
- 2.4. *Il nuovo articolo 23-bis e i dubbi di costituzionalità.*

## 3. AMBITO D'APPLICAZIONE E SETTORI ESCLUSI

- 3.1 *Ambito di applicazione ed effetti sui settori esclusi.*
- 3.2 *L'esclusione delle società che svolgono attività strumentali*
- 3.3 *Tecniche e ragioni dell'esclusione di alcuni settori*
- 3.4 *La distribuzione locale dell'energia elettrica*
- 3.5 *La gestione delle farmacie comunali (legge 2 aprile 1968, n. 475*
- 3.6 *Le ferrovie regionali (decreto legislativo n. 422/1997 e succ. mod.)*
- 3.7 *Il caso del trasporto pubblico locale su gomma, tram e metropolitane*
- 3.8 *Conclusioni sull'ambito di applicazione e sul regime dei settori esclusi.*

## 4 DISCIPLINA DELLA TRANSIZIONE

- 4.1 *Criteri di disciplina intertemporale*
- 4.2 *L'incidenza della legge sulle gestioni esistenti*
- 4.3 *Le società concessionarie del ciclo idrico sono soggette ad una disciplina transitoria differenziata?*
- 4.4. *L'incidenza della legge sulle società miste esistenti*
- 4.5. *L'incidenza della legge sulle società quotate*
- 4.6. *Il transitorio nel trasporto pubblico locale*

## 5 NUOVE REGOLE

- 5.1 *La nuova disciplina ordinaria. Gara per il terzo e gara per il socio*
- 5.2. *La scelta del gestore-socio. Origini*
- 5.3. *La società mista nel 23-bis*
- 5.4 *L'alterazione del modello.*
- 5.5. *La nuova disciplina derogatoria. Quando e come*
- 5.6. *La disciplina differenziata a regime per il settore idrico*
- 5.7. *Le preclusioni a carico degli affidatari diretti e delle società miste*
- 5.8. *Le prime gare*
- 5.9. *Società in house e società pubbliche*
- 5.10. *La disciplina delle gare*

## 1. VAUTAZIONI E PROSPETTIVE

### 1.1. *Premessa*

Abbiamo scelto di premettere le valutazioni conclusive per evitare al lettore di percorrere l'intero testo di analisi critica della legislazione vigente<sup>1</sup>, nelle parti emergenti, che può essere così letto per salti, per quel che interessa.

Ci preme comprendere come possa funzionare e quali effetti produrre il nuovo sistema introdotto dall'art. 23-bis, ben noto, che lascia peraltro sussistere varie normative settoriali, in un sistema complessivo molto complicato. Soprattutto quali compiti assegni agli enti locali e se questi siano adeguatamente attrezzati e supportati per svolgerli, in un contesto in cui l'applicazione di regole di concorrenza dovrebbe essere prevalente.

A questi scopi cercheremo di rispondere ad alcune domande e di fare alcune valutazioni.

### 1.2. *Fino a che punto si tratta di una disciplina stabile e duratura?*

E' lecito nutrire dubbi sull'affidabilità della nuova disciplina, che si caratterizza per il principio della gara come metodo ordinario di affidamento della gestione dei vari servizi, e consente in condizioni eccezionali la gestione diretta (par. 5).

Una prima perplessità sorge per la corsa - che si è verificata - all'esclusione di singoli settori (par.3.1). Anche quei settori per cui era già prevista la gara come unica modalità consentita. Non ne sono chiare le ragioni, ovvero sono diverse nei singoli casi, talvolta le conseguenze sono paradossali (par. 3.6). Il settore del trasporto pubblico locale non è escluso (3.8), e quindi è assoggettato alla nuova disciplina, dopo essere stato per molti anni regolato a parte, ma vi sono segnali di precarietà di questa soluzione. Formalmente il principale di questi segnali sta nell'art. 12, comma 4, del regolamento, che per i trasporto pubblico locale dichiara di applicarsi <<*in quanto*

---

<sup>1</sup> I principali testi di riferimento sono l'art. 23-bis del d.l. n 122/2008, conv. in l. n. 133/2008; l'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. in l. n. 166/2009; il testo del regolamento previsto dal comma 10 dell'art. 23-bis citato, come adottato dal C.M. del 17 dicembre 2009; il parere del Consiglio di Stato 24 maggio 2010, n. 2415.

*compatibile con le disposizioni di cui al regolamento (CE) 23 ottobre 2007 n. 1370>>. Il regolamento non si applica e si applicherebbe invece la legge, cioè il 23-bis? Non interessa qui discutere della legittimità della previsione regolamentare, quanto sottolineare la precarietà della soluzione adottata dalla riforma.*

Questo andamento fa sorgere un'impressione di incertezza e provvisorietà, mentre la nuova disciplina dovrebbe avere la forza della generalità.

Una seconda perplessità sorge dall'ampiezza dei casi in cui al fine di decidere per l'*in house* non serve il parere dell'Antitrust (art. 4, comma 1, del regolamento). Il cui parere non è vincolante, ma costituisce pur sempre un notevole deterrente. E' questo uno dei pochi punti su cui il parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi 24 maggio 2010, n. 2415, richiede una modifica del testo del futuro regolamento.

Una terza perplessità deriva dalla disciplina del regolamento *in itinere* sulla gestione dei servizi idrici. Disciplina che nasce dall'accoglimento di un ordine del giorno (9/02897/007) a prima firma Cota, che impegnava il Governo a tener conto di specifiche condizioni di efficienza, soprattutto ma non soltanto con riferimento al settore idrico, che renderebbero la gestione *in house* non distorsiva della concorrenza.

Come abbiamo tentato di illustrare (5.6), si tratta di un argomento che ha la capacità di scardinare l'intero sistema contenuto nei commi 3 e 4 dell'art. 23-bis. Non è difficile sostenere che quello stesso metodo di valutazione applicato ai servizi idrici – idoneo a superare secondo il legislatore il giudizio di congruità con il principio di concorrenza - deve poter essere applicato anche ad altri servizi, per le medesime ragioni. Con il risultato di poter conservare le gestioni *in house* "efficienti" anche in altri settori. Ed anche di incidere sulla disciplina del periodo transitorio, rendendo sostenibile che è irragionevole<sup>2</sup> far cessare anticipatamente le gestioni che già soddisfano ai requisiti di efficienza (4.3).

Non si ritornerebbe proprio all'anarchia in tema di autoproduzione dei servizi, occorrerebbe motivare accuratamente, e forse gestire meglio di quanto non si sia fatto fin qui, ma l'apertura del mercato (o la sua chiusura) tornerebbero in linea di principio nella disponibilità delle autonomie locali.

---

<sup>2</sup> La ragionevolezza è uno dei parametri di costituzionalità secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

### 1.3. *Fino a che punto si tratta di una disciplina innovativa?*

Si dice spesso: *in cauda venenum*. Nella nostra materia il veleno sta nelle norme transitorie. Considerata irrecuperabile la società *in house*, ovvero ristretta al caso dei servizi strumentali, ogni speranza è riposta nella società mista. In effetti, sia con la modifica introdotta all'oggetto della gara (specifici compiti operativi), che si presta ad essere interpretata nel senso che si può reperire nel mercato un socio anche per affidargli soltanto una parte del complessivo servizio (5.4); sia con la conservazione degli affidamenti se la società *in house* si trasforma in mista (4.1 e 2), il fondamento della legittimità dell'affidamento diretto a società mista, che sta – lo ricordiamo – nell'equiparazione con la gara per la gestione del servizio, tende a svanire. E con esso risorgono le società maggioritarie vecchia maniera, soltanto con gare un po' più serie per la scelta del socio.

Il passaggio per le novità del 2008 e 2009 avrà certamente contribuito ad un miglioramento complessivo della disciplina, mettendo paletti prima sconosciuti all'attività delle società pubbliche, distinguendo più nettamente tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione, e tra regime *in house* e regime di mercato. Si ha però l'impressione che siano i fondamentali della normativa, il rigore dell'affidamento con gara, specie nel caso della società mista, ad essere fragili. Un deciso passo in avanti, che ha l'aria di non reggere alle progressive erosioni.

### 1.4. *E' una disciplina essenziale ma completa?*

E se la valutazione di fragilità fosse ingenerosa, e si volesse fare sul serio? In tal caso occorre avere ben chiaro che la gestione di un sistema che si fonda sulla concorrenza, sulla competizione tra imprese, sia pubbliche che private, e nel contempo deve assicurare l'universalità del servizio, con tutto quello che ciò significa in termini di qualità, economicità, accessibilità anche economica, tanto più se gli affidamenti hanno tempi medio lunghi, è mestiere difficile e complicato, per il quale occorre essere adeguatamente attrezzati, occorre essere all'altezza. La concorrenza, occorre meritarsela.

La domanda cui si deve allora rispondere è: la disciplina oggi vigente contiene quanto necessario, essenziale al fine di applicare correttamente, nell'interesse degli utenti ed anche delle imprese, in definitiva della società, una disciplina così complessa? Ovvero, la legislazione che abbiamo disponibile in questo momento si pone questo problema e vi corrisponde?

Purtroppo occorre rispondere negativamente. La valutazione complessiva ci dice che mancano pezzi essenziali del sistema e gli enti locali, messi di fronte alla necessità di applicare regole complesse di concorrenza, sono privi di supporti.

Qualche minimo segnale di consapevolezza vi è nella legislazione più recente. La meno recente (art. 35, comma 14, della Finanziaria 2002) si limitava a dire che *<<nell'esercizio delle loro funzioni gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e di controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori>>*. Norma generica, che concepisce gli standard di qualità come un affare del singolo ente locale; che non dice nulla sulle strutture di cui gli enti avrebbero dovuto munirsi, e che non è neanche stata inserita in quella *summa* del regime dei servizi locali che è stato fin qui l'art. 113 del Tuel.

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. Strutture che nella maggior parte dei casi non esistono, anche nei comuni medio grandi<sup>3</sup>. D'altro canto ne parla un atto che non è ancora legge. E la relativa norma non produrrà miracolosamente la creazione di quelle strutture, specie in un periodo di tagli alle risorse degli enti locali. Tra l'altro l'esigenza non è soltanto di controllare dopo, ma prima ancora di saper indirizzare: decidere il contenuto dei bandi di gara (o delle lettere di invito) e dei contratti di servizio e, laddove vi sia partecipazione comunale a società, di padroneggiare questioni societarie, come i patti parasociali. Insomma, se vi è una qualche maggiore consapevolezza, siamo ancora lontani dall'ottenere i risultati (cui tra l'altro il legislatore nazionale non può provvedere da solo, dovendo quanto meno collaborare con le regioni).

---

<sup>3</sup> Si veda il Convegno-Seminario del Comune di Genova, *La governance delle partecipazioni pubbliche*, 26 marzo 2010, emblematico della situazione.

Tocca allora esaminare quali sono le lacune del sistema e quindi le lacune della legislazione.

#### 1.5. *Le lacune. Chi decide organizzazione ed affidamenti?*

La legislazione di settore (risorse idriche, rifiuti, trasporti e ora gas) da tempo persegue l'obiettivo di individuare bacini di gara sovracomunali e in qualche caso anche sovraprovinciali. Il relativo assetto è tutt'altro che completo. Nel contempo i tempi per l'applicazione della concorrenza si avvicinano rapidamente. Se il singolo comune non decide più organizzazione e affidamenti, chi decide?

La previsione di gare soltanto a dimensione d'ambito per il ciclo idrico e per quello dei rifiuti non è recente, ma la concreta istituzione delle Autorità d'ambito è andata molto a rilento. Soltanto per il ciclo idrico si può dire che l'organizzazione per ATO si sia realizzata<sup>4</sup>, mentre non è stato compiutamente attuato l'art. 2, comma 38, della legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008) che ha affidato alle regioni il compito di rideterminare entro il 1° luglio 2008 gli ambiti territoriali ottimali attenendosi per quanto possibile al criterio di delimitazione coincidente con il territorio provinciale al fine dell'attribuzione delle funzioni ad una o più province e alla regione, in relazione alla dimensione dell'ambito (è rimasta la possibilità di mantenere la forma convenzione o consorzio di comuni, ma in tal caso i rappresentanti degli enti locali vi devono partecipare a titolo gratuito). Il settore rifiuti è ancora lungi dall'essere riordinato, con gare bandite per l'intero ciclo, come richiesto dalla legge. Le gestioni dirette sono tuttora il 31%; quelle mediante imprese pubbliche il 59%, soltanto il 10% delle gestioni è in mano ad imprese private<sup>5</sup>. Il settore del gas è in attesa che siano delimitati gli ambiti territoriali minimi, e in mancanza non si possono svolgere le gare.

---

<sup>4</sup> La geografia degli affidamenti del servizio idrico ad aprile 2009 è la seguente: 68 affidamenti complessivi, di cui 31 in house, 12 a società miste, 13 a società quotate, 6 a imprese private. I residui 6 sono affidamenti transitori. I restanti 23 ATO non hanno affidato il servizio ai sensi dell'art. 150 del Codice ambiente. Per un totale di **91** ambiti. Incidentalmente è utile osservare che *sui 68 affidamenti, 62 sono gestioni pubbliche o controllate dal soggetto pubblico* (i dati sono forniti da Blue Book – I dati sul servizio idrico integrato in Italia, *Utilitatis*, Maggio 2009). Nel *Rapporto per un'Autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, di G. Napolitano (astrid-online. it) si dà conto di **92** Enti o Autorità d'ambito.

<sup>5</sup> Fonte: Green Book – Aspetti economici della gestione dei rifiuti urbani in Italia, *Utilitatis*, novembre 2009.

L'organizzazione per ambiti, una volta decisa la soppressione delle Autorità d'ambito, va concretamente normata dalle regioni, ciascuna delle quali si attiva secondo i propri tempi, ed è ora complicata dalla <<manovra>> in corso (d.l. n. 78/2010), il cui art. 14 vieta ai comuni con meno di 30.000 abitanti di costituire società (ma possono parteciparvi con altri comuni in modo da superare il limite) e ai comuni tra i 30.000 e i 50.000 abitanti di possedere più di una società. Ed è ulteriormente complicata dalla previsione contenuta nell'A.C. 3118, che le funzioni fondamentali dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti siano esercitate obbligatoriamente in forma associata, mentre per i restanti comuni (eccezion fatta per quelli che superano i 100.000 abitanti) l'obbligatorietà dovrà derivare da leggi regionali. Va anche ricordato che sono stati vietati i consorzi di funzioni, ma non i consorzi di servizi.

Un complesso di disposizioni non armonizzate tra loro, che rendono complicato comprendere in capo a chi saranno esercitate le funzioni di governo dei servizi pubblici locali, che si allontanano dal singolo comune, ma non si sa ancora in capo a chi approderanno, e in base a quale riordino territoriale.

In questo quadro i termini previsti dal comma 8 dell'art. 23-bis non appaiono credibili.

#### 1.6. *Le lacune. Le regole per le gare.*

Regole di carattere generale sulle procedure competitive ad evidenza pubblica si trovano ora scritte nell'art. 3 del regolamento *in itinere* (par. 5.10), ma non sono sufficienti, essendo necessaria una declinazione settoriale. Si ricorda al riguardo che la Corte costituzionale ha riconosciuto che la legislazione statale in tema di concorrenza può essere anche dettagliata, gare comprese.

#### 1.7. *Le lacune. Gli standard di qualità*

Degli standard di qualità (si intende, a livello nazionale) da fissarsi da parte delle Autorità di regolazione parlano la legge 244/2007, comma 461 e l'art. 1 del d. lgs. n. 198/2009. Ma non si è andati al di là di questo dettato normativo. Le Autorità di regolazione – eccezion fatta per l'energia e per le telecomunicazioni – non sono state

istituite, nonostante che fin dal comma 7 dell'art. 113 del TUEL si sia detto che *competenti Autorità di settore avrebbero dovuto fissare gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza*, e che prioritariamente nel rispetto di questi standard si sarebbero dovute indire le gare (sulla base degli standard fissati dagli enti locali soltanto in mancanza dei primi). Lo si è confermato nell'art. 1 del d.lgs. n. 198/2009 (*class action*), dove si attribuisce a utenti e consumatori la possibilità di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, tra l'altro *<<dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore>>*. Sembra che il legislatore abbia chiara la distinzione, e la diversa funzione e rilevanza, tra standard fissati dalle Autorità di regolazione e quelli fissati dal singolo ente locale nel bando di gara<sup>6</sup>. Ma si tratta di affermazioni che sono rimaste sulla carta.

L'introduzione di standard nazionali di qualità discende dall'esigenza di definire una soglia di uniformità, data da un insieme articolato di servizi – corrispondenti a diritti sociali - che debbono essere garantiti in ogni territorio, riservando alla differenziazione tra i diversi ambiti regionali ciò che viene "dopo" ed "oltre" le prestazioni essenziali nazionali (art. 117 Cost., comma 2, lett. *m*).

E' stato osservato che l'esigenza di fissare standard nazionali dei servizi discende anche dal potere monopolistico del gestore nei confronti degli utenti e dal rischio di una concorrenza al ribasso tra ambiti territoriali<sup>7</sup>.

D'altra parte, nulla di nuovo. Nelle competenze dell'AEEG vi è già quella di emanare *<<direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità*

---

<sup>6</sup> Dei soli contenuti contrattuali parla il comma 461 della legge: *<<Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni: (omissis) c) previsione che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito>>*.

<sup>7</sup> G. Napolitano, Rapporto, cit.

*riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente>>>. Si intende che gli standard per essere utili devono avere efficacia cogente ed entrare automaticamente nei contratti di servizio.*

### 1.8. *Le lacune. Le tariffe*

Le tariffe sono attualmente fissate dalle autorità politiche, eccezion fatta per gas ed energia elettrica.

Nel settore idrico il metodo tariffario è stato fissato nel 1996 con decreto ministeriale, e non più corretto o aggiornato. Le tariffe sono aumentate<sup>8</sup>, ma non quanto necessario, con il sistema di sovrastimare artificiosamente l'evoluzione futura dei consumi. Gli investimenti ne hanno risentito.

Nel settore dei rifiuti la situazione è confusa, dato che il passaggio alla TIA è stato sospeso (fino al 30 giugno 2010), in attesa del regolamento attuativo in applicazione della disciplina contenuta nel Codice Ambiente. La determinazione delle tariffe avviene in sede locale ed è frutto di contrattazione con i gestori. La situazione è ulteriormente complicata dal fatto che secondo il Codice dell'Ambiente, in vigore da quattro anni, l'affidamento al gestore deve riguardare (a livello di ato) il servizio integrato, comprendente raccolta e smaltimento in regime di privativa.

Nel TPL gli obiettivi fissati dal legislatore di crescente copertura dei costi sono stati in molti casi disattesi, senza conseguenze sugli amministratori.

Questa situazione non stupisce, se si pensa che gli enti locali da un lato non sono tecnicamente attrezzati, dall'altro sono troppo dipendenti dalle ragioni della politica locale. D'altro canto lo stesso principio della copertura totale dei costi, sopportati quindi totalmente dagli utenti, va probabilmente ripensato, a condizione che la quota (pensiamo soprattutto agli investimenti) a carico della fiscalità generale sia determinata *ex ante*.

L'esigenza politica di sostenibilità delle tariffe va accompagnata all'equa remunerazione degli investimenti, ma anche alla capacità di individuare le rendite monopolistiche da tagliare. Queste ed altre consimili operazioni non possono essere affidate – come è di fatto ora – agli enti locali, ma neppure ad un'autorità centrale

---

<sup>8</sup> Si ricorda che le gestioni del settore idrico sono per gran parte pubbliche, e tuttavia le tariffe sono aumentate.

politica, dovendosi corrispondere anche all'esigenza di stabilità nel tempo dei criteri adottati, sui quali i gestori devono poter fare affidamento.

La conclusione è che standard di qualità e tariffe richiedono l'introduzione di Autorità di regolazione, non soltanto per il ciclo idrico; anche per gli altri settori, in cui i problemi non sono diversi: soltanto un'Autorità indipendente di regolazione può far fronte a questo tipo di esigenze.

### 1.9. *La necessità di Autorità indipendenti di regolazione*

Alcune lacune possono essere colmate da leggi nazionali, altre soltanto da Autorità indipendenti. L'individuazione dei livelli di qualità, fisici e tecnici ma anche giuridici<sup>9</sup>, i criteri delle tariffe, i metodi di confronto tra gestioni, il controllo delle gare, sono tutte attività che possono essere svolte soltanto da Autorità di regolazione. L'alternativa è la rinuncia – la situazione attuale - in cui si finge che tutto questo possa essere fatto dall'ente locale (e spesso non si sa neppure *quale* ente locale). L'Autorità di regolazione per essere tale deve essere indipendente. Salvi gli indirizzi di politica generale formulati dal Governo.

Si tratta di principi che fanno da tempo parte del nostro ordinamento, ma sono stati progressivamente dimenticati. I principi sulla cui base è stata costituita la prima Autorità indipendente di regolazione di servizi di pubblico interesse (l'AEEG) si trovano scritti nella legge n. 474 del 1994, di conversione del d.l. n. 332 del 1994, che subordina la dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici (nelle società di cui all'art. 2) alla creazione di *<<organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico>>*.

Ha fatto seguito la legge del 1995, n. 481, che ha istituito la prima autorità di regolazione: *<<Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati "servizi", nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario*

---

<sup>9</sup> Lo sottolinea G. Napolitano nel citato *Rapporto*.

*certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse>>>.*

Non si tratta semplicemente integrare la normativa esistente, occorre fare qualche cosa di più, e di più chiaro e netto. Occorre integrare la legislazione nelle parti mancanti e soprattutto subordinare l'applicazione della nuova disciplina, che pretende dagli enti locali che sappiano fissare le tariffe, gestire il sistema delle gare, controllare i gestori, assicurare la protezione dei consumatori, dall'istituzione delle necessarie Autorità indipendenti di regolazione. Evitando di considerare questa un'esigenza che riguarda soltanto un settore: il problema è comune a tutti i campi che si sono esaminati e corrisponde ad un'esigenza largamente sentita<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Magda Bianco e Paolo Sestito, *Le questioni irrisolte*, in *I servizi pubblici locali, Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, a cura di Magda Bianco e Paolo Sestito, Bologna, Il Mulino 2010, p. 299. Giulio Napolitano, *Rapporto per un'Autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, 19 Aprile 2010, cit.

## 2. INQUADRAMENTO

### 2.1. *Disciplina interna e Trattato*

Il testo normativo che si commenta (l'art. 23-bis del d.l. n.122/2008, conv. in l. n. 133/2008; l'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. in l. n. 166/2009; completato dal regolamento *in itinere*, ma quasi concluso, che attua il comma 10 dell'art. 23-bis<sup>11</sup>) dichiara di intervenire <<*in applicazione della disciplina comunitaria*>>. E' stato giustamente osservato che non vi era necessità *comunitaria* di modificare l'assetto preesistente della disciplina, che già aveva passato positivamente il controllo di conformità. E' noto che l'interpretazione del Trattato CE non ha mai condotto a ritenere che si dovessero porre limiti all'autoproduzione dei servizi di interesse generale (SIG) da parte degli Stati e degli enti pubblici in genere, se non quelli che garantiscono trattarsi appunto di "autoproduzione" (da cui la configurazione dell'*in house providing* quando il soggetto gestore è separato dall'ente pubblico di riferimento). Meno fondato sostenere che il riferimento alla disciplina comunitaria costituisca per il legislatore una sorta di paravento con cui proteggersi dalle critiche di aver ecceduto nella tutela della concorrenza. Infatti si nota che dopo il riferimento alla disciplina comunitaria si aggiunge – come autonoma assunzione di responsabilità - <<*al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni*>>.

Piuttosto vale la pena di verificare se nella nuova versione del Trattato (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE) vi siano novità in tema di SIG o di SIEG, che incidano sul rapporto tra il metodo della concorrenza e le finalità di interesse generale. Si constata allora che l'art. 106 del TFU è del tutto identico all'art. 86 del TR CE, mentre l'art. 14, che ha sostituito il 16 TR CE, amplia i poteri di intervento del Parlamento e del Consiglio, ma non modifica la disciplina sostanziale, che fa sempre salvo l'art. 106 cit.

---

<sup>11</sup> Lo schema di regolamento è stato approvato dal Consiglio dei ministri il 17 dicembre 2009.

## 2.2. Concorrenza nel mercato o per il mercato

Il nuovo testo dell'art. 23-bis pone per la prima volta<sup>12</sup> il tema della verifica delle condizioni di mercato prima della decisione di affidamento di un servizio. Approssimativamente possiamo dire che pone il tema della concorrenza nel mercato come prioritaria. Peccato lo faccia incaricando il successivo regolamento di <<limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale>> (art. 23-bis, comma 10, lett g) . Obiettivo ad evidenza attuabile soltanto con fonti primarie. Il regolamento ha svolto il compito nei seguenti termini: <<Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l'attribuzione di diritti d'esclusiva ai soli casi in cui la libera iniziativa privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità>> (Schema di regolamento, art. 2, comma 1). Metodo che gli enti possono adottare soltanto nei servizi non disciplinati con legge, che essi stessi possono assumere ex art. 112 del TUEL. Il proclama finisce dunque *in piscem*. E' tuttavia degno di nota che si sia evocato il metodo corretto, di verificare preliminarmente se l'universalità e l'accessibilità di determinati servizi non siano raggiunti già in regime di libera concorrenza nel mercato. Da cui deriva anche il principio di verificare se non sia possibile praticare un minor sacrificio del principio di concorrenza.

E' solo il caso di aggiungere che, se la condizione in cui un tipo di servizio al pubblico è prestato è di concorrenza nel mercato, non vi è luogo di parlare di servizio pubblico, che si ha quando appunto la concorrenza non consentirebbe l'adempimento della missione individuata dal legislatore (o, nei casi consentiti, dall'ente locale). Di qui le deroghe alle regole di concorrenza, che possono anche – ma non necessariamente – consistere nella creazione di gestioni monopolistiche, oltre che sempre nell'imposizione di obblighi di servizio pubblico, di condizioni di qualità ed economiche nell'erogazione del servizio, e nella compensazione degli oneri sociali imposti. Correttamente quindi lo

---

<sup>12</sup> Riprende la proposta contenuta nel DDL Lanzillotta della precedente legislatura.

schema di regolamento aggiunge che: << *Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo*>>, in cui soltanto l'ove necessario appare superfluo.

### 2.3. Concessione, affidamento o conferimento

Il legislatore del 2001 ha iniziato ad usare il termine affidamento in luogo di concessione volendo significare che la presenza di servizi di interesse economico generale o servizi pubblici (locali in questo caso) non significava *riserva della gestione* in capo al soggetto pubblico (con riferimento al significato tradizionale della concessione amministrativa<sup>13</sup>, collegata alla riserva ex 43 Cost.). Infatti ha contestualmente soppresso il riferimento alla riserva eliminando il comma 2 dell'art. 112 Tuel. Il legislatore del 2003 ha usato quasi sempre il termine affidamento (nonostante consideri normale la gestione diretta) e in un caso il termine conferimento (art. 113, comma 5-bis). Ha anche parlato, impropriamente, di conferimento della titolarità del servizio (comma 5). Il legislatore del 2008/2009 usa il termine "neutro" affidamento, anche se nel comma 2 dice che il conferimento avviene mediante affidamento. Meno che mai può dirsi, di fronte al 23-bis, il quale considera normale la gestione da parte di imprese terze e del tutto eccezionale la gestione diretta, che vi siano dubbi sull'esistenza di una qualche riserva in capo all'ente locale. In capo all'ente locale non vi sono riserve di iniziativa economica, bensì competenze proprie a svolgere le funzioni di governo: si tratta della programmazione, dell'indirizzo e del controllo, di cui trattano norme sparse: l'art. 35, comma 14, l'art. 23-bis, comma 7, lo schema di regolamento, art. 2, e in futuro forse quanto disposto dal DDL Anticorruzione (A.S. 2156).

---

<sup>13</sup> Il significato comunitario di concessione la differenzia come noto dal contratto di appalto.

#### 2.4. *Il nuovo articolo 23-bis e i dubbi di costituzionalità.*

L'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, insieme con l'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con modificazioni nella legge n. 166/2009 (che ha tra l'altro modificato il 23-bis) introducono – in estrema sintesi - una rivoluzione nelle modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali. E' superato il sistema, introdotto, dopo una fase di incertezza, nel 2003, che affidava alla libera scelta del singolo ente locale se far ricorso al mercato o gestire direttamente i servizi di cui porta la responsabilità. La nuova modalità ordinaria è costituita dalla gara (procedura competitiva ad evidenza pubblica) sulla gestione del servizio, applicata anche al caso in cui il gestore debba diventare socio della società con l'ente pubblico affidante. In deroga a tali modalità, se sussistono condizioni che impediscono il ricorso al mercato, attraverso un'apposita procedura che coinvolge anche l'AGCM, è possibile l'utilizzazione del modello *in house*. La nuova disciplina si applica, come d'altronde quella contenuta nell'art. 113 del d. lgs. n. 267/2000 (Tuel), ai servizi aventi rilevanza economica. Ricordiamo che per la qualificazione di *economici* basta la potenziale redditività e che a tal fine non osta la presenza di finanziamenti pubblici<sup>14</sup>.

Ma proprio per questo cambiamento, rispetto alla disciplina che si era consolidata da fine 2003 (e che aveva dato luogo ad un fiorire di società *in house* più o meno corrette), la riforma è sospettata di incostituzionalità. Non sembra possibile sostenere – ed infatti nessuno degli studiosi lo sostiene – che l'autonomia degli enti locali (e delle regioni) – rafforzata nell'art. 114 Cost. - consenta di non applicare la tutela e la promozione della concorrenza, come definite in sede nazionale ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., al campo dei servizi pubblici locali. Mentre la distanza che si è creata tra la dottrina comunitaria della Corte di giustizia e della Commissione e il regime nazionale<sup>15</sup> può creare problemi politici, ma non di contrasto e incompatibilità. E' noto

---

<sup>14</sup> CdS, V, 27 agosto 2009 n. 5097; Corte dei Conti, Sezione controllo Lombardia, 11 maggio 2009 n. 195.

<sup>15</sup> L'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TUF) ora esplicitamente fa salva <<la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di *fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi*>>. Prima il principio era espresso dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione.

che il Trattato e il diritto derivato non impediscono che vi sia in sede nazionale una più rigorosa tutela della concorrenza.

Questo principio è espresso anche in un testo normativo dell'UE che, avendo natura regolamentare, si sarebbe altrimenti imposto sulla disciplina interna soppiantandola. Ci riferiamo al Regolamento CE 1997/1370 entrato in vigore il 3 dicembre 2009 che consente in tema di trasporto forme diverse dalle procedure di evidenza pubblica <<*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*>> (art. 5 par. 2, 4, 6).

Vi è tuttavia un profilo che va valutato, ed è quello della tutela dell'affidamento, in considerazione del fatto che il mondo delle *utilities* pubbliche si è negli ultimi anni (dal 2004, anno di prima applicazione della versione 2003 dell'art. 113 Tuel, al 2008, anno di entrata in vigore della prima versione del 23-bis) organizzato sulla base di una normativa che consentiva sostanzialmente la libera scelta tra ricorso al mercato e gestione diretta (nella forma dell'*in house*, non essendo più consentita la gestione in economia). Può essere deprecabile che nell'arco di un decennio scarso (2001-2009) si sia modificato tre volte l'indirizzo politico economico perseguito, ma qui interessa capire se ne possa anche derivare un serio dubbio di costituzionalità, a proposito dell'ultimo *revirement*, sotto il profilo del legittimo affidamento a continuare fino a scadenza naturale le attuali gestioni *in house*, o miste con soci scelti mediante semplici gare sul prezzo delle azioni.

I principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico interno e altresì di quello comunitario. Dal punto di vista del diritto interno, la Corte costituzionale ha più volte dichiarato che il principio della certezza del diritto non postula l'assenza di modifiche legislative (che possono anche incidere su diritti soggettivi perfetti), ma richiede piuttosto che il legislatore tenga conto delle situazioni particolari degli operatori economici e preveda, eventualmente, adattamenti all'applicazione delle nuove norme giuridiche<sup>16</sup>. Quanto alla Corte di giustizia, l'impostazione è analoga. <<*Risulta dalla giurisprudenza costante della Corte che la possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nel quale un'autorità nazionale abbia fatto*

---

<sup>16</sup> Sentenza *Plantanol* C-201/08 del 10 settembre 2009.

*sorgere fondate aspettative>>. <<Occorre riconoscere che un operatore economico che, come la ricorrente nella causa principale, ha avviato le sue attività in vigenza del regime di esenzione fiscale per biocarburanti qui controverso e che ha a tale fine effettuato onerosi investimenti, può essere significativamente colpito nei suoi interessi dall'abolizione anticipata di tale regime, a maggior ragione quando essa interviene all'improvviso e inopinatamente senza lasciargli il tempo necessario per adeguarsi alla nuova situazione legislativa>>.*

In definitiva, si tratta di valutare, da un lato se il legislatore ha dato la possibilità alle imprese di adeguarsi al nuovo regime, dall'altro se era fondato l'affidamento eventualmente fatto da enti locali ed *utilities* pubbliche sulla immodificabilità della disciplina.

Sull'adeguatezza del nuovo periodo transitorio si può sempre discutere, anche se va valutato che l'allarme o il preallarme data da metà 2008.

Sull'affidamento invece fa fatta qualche considerazione. Nel caso dei servizi pubblici locali è difficile sostenere che il legislatore nazionale abbia fatto sorgere la legittima aspettativa che il libero ricorso all'*in house* sarebbe stato sempre consentito. Se infatti è vero che esisteva una norma, ora abrogata, l'art. 113, comma 5, che disponeva in tal senso e che prevaleva su talune discipline di settore<sup>17</sup>, altre essendone escluse, doveva essere attentamente valutata un'altra serie di elementi: la disciplina della distribuzione del gas, cui l'art. 113 non si applicava, per la quale l'affidamento era ed è consentito soltanto con gara (dal 2000); la disciplina del ciclo dei rifiuti, in cui per effetto di disciplina successiva prevalente l'unica modalità ammessa è la gara (Codice Ambiente, art. 202); la disciplina del ciclo idrico, in cui per effetto di disciplina successiva prevalente la modalità normale è la gara (essendo consentite le altre modalità soltanto di fronte ad obiettive ragioni tecniche ed economiche) (Codice Ambiente, art. 150); la disciplina dei trasporti, in cui dal 1999 l'unica modalità ammessa è la gara e che, come vedremo più avanti, nel 2004 vengono esclusi dall'ambito di applicazione del 113 cit. e lo sono ancora nel 2008. E con ciò si esauriscono i servizi locali di effettivo

---

<sup>17</sup> Altre essendo escluse dal suo ambito di applicazione: << Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano escluse dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai [decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79](#), e [23 maggio 2000, n. 164](#)>>.

interesse economico. Il *legittimo affidamento* quindi si sarebbe dovuto fondare sulle continue proroghe, piuttosto che sul contenuto della legislazione. Troppo poco per dire che il legislatore ha fatto nascere negli operatori economici pubblici *fondate aspettative*.

E' da ritenere pertanto che al più si possa contestare che il legislatore non è adeguatamente intervenuto in via transitoria <<per impedire una serie di ostacoli operativi e concorsuali con rischi - connessi all'immobilizzo di ogni acquisizione di mercato - per il successivo reinserimento e quindi per la sopravvivenza di categorie di imprese esistenti e legittimamente operanti ed aventi nel mercato italiano una consistenza tutt'altro che trascurabile>><sup>18</sup>. Ora, se il periodo transitorio fin qui previsto sia adeguato, e sempre che il legislatore non proroghi a breve i termini già fissati, è questione che si può rimettere alle valutazioni del Governo da un lato e della Corte costituzionale dall'altro. Si sottolinea soltanto che, innovando rispetto alle analoghe precedenti norme, la possibilità di partecipare alle prime gare riguarda ora tutto il territorio nazionale, e va fatta salva anche <<l'esigenza di arrivare a regime in tempi ragionevolmente spediti>>.

Una considerazione specifica merita la previsione relativa alle società quotate in borsa, che godono di una regime differenziato sotto molti profili, e hanno goduto anche della conservazione dei contratti o convenzioni per la gestione di servizi pubblici locali<sup>19</sup>. Nelle nuove regole la conservazione dei contratti con le loro scadenze naturali è subordinata alla collocazione sul mercato di ulteriori quote di partecipazione pubblica, in modo che quest'ultima sia non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015. Se le condizioni non si verificano, a quelle stesse date gli affidamenti cessano.

---

<sup>18</sup> Corte costituzionale, n. 413/2002.

<sup>19</sup> <<Sono altresì escluse dalla cessazione le concessioni affidate alla data del 1 ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica, ma, in entrambe le ipotesi indicate, le concessioni cessano comunque allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure di evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore>> (art. 113, comma 15-bis).

La questione è dubbia. Da un lato non vi è ragione di esentare dalla concorrenza i principali competitori, le società quotate in borsa. Dall'altro è vero che si era prima ragionato diversamente. Si può osservare che nel 2003 le quotazioni in borsa delle *utilities* era recentissima o in corso, e poteva essere particolarmente importante conservare i contratti di cui erano titolari. Ora le posizioni sono consolidate, e il privilegio rischia di essere ingiustificato.

### 3. AMBITO D'APPLICAZIONE DELLA RIFORMA

#### 3.1. *Ambito di applicazione ed effetti sui settori esclusi*

Quale è l'ambito di applicazione della riforma, a quali servizi pubblici locali si riferisce, e in che misura impatta sulle gestioni già esistenti? E' evidente infatti che il giudizio sulla sua rilevanza come riforma dipende anche dall'estensione della sua applicabilità (e dalla tempestività della sua efficacia).

Per queste ragioni prenderemo in esame prima l'ambito della norma e successivamente il regime transitorio. Soltanto in seguito – avendo chiaro qual è l'effettivo impatto della riforma – ne approfondiremo il contenuto, pregi e manchevolezze, per poter compiere una valutazione complessiva il più possibile consapevole.

L'ambito di riferimento è quello dei servizi di interesse generale imputabili agli enti locali aventi rilevanza economica. I servizi privi di rilevanza economica sono al di fuori della disciplina statale ispirata alla tutela della concorrenza (ma si ricordi che per essere qualificati economici basta la potenziale redditività, non ostando la presenza di finanziamenti pubblici<sup>20</sup>).

Nella sua versione finale l'art. 23-bis esclude dalla propria disciplina alcuni settori: la distribuzione del gas naturale; la distribuzione dell'energia elettrica; il trasporto ferroviario regionale; la gestione delle farmacie comunali. A questo elenco il regolamento governativo aggiunge i servizi strumentali di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006, e succ. mod. Si tratta di situazioni molto diverse tra loro. La distribuzione locale del gas naturale ha una disciplina differenziata. Lo stesso dicasi, sia pure in termini molto più primitivi, per la distribuzione locale dell'energia elettrica. Il trasporto ferroviario regionale ha anch'esso una disciplina dedicata. La gestione delle farmacie comunali ha poco in comune con le caratteristiche dei servizi pubblici locali, mentre i servizi strumentali non sono servizi pubblici, e vanno quindi esclusi non perché destinatari di una disciplina differenziata da quella generale, ma perché rientrano in altri ambiti normativi.

---

<sup>20</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097; Corte dei Conti, Sez. Controllo Lombardia, 11 maggio 2009 n. 195.

Restano assoggettati alla disciplina generale il ciclo idrico e il ciclo dei rifiuti e i trasporti pubblici di persone regionali e locali, esclusi come si è detto i trasporti ferroviari regionali. Un ambito di applicazione limitato, che porta a concludere per la modesta rilevanza di norme che si pretendono generali ma a ben vedere si applicano a due soli settori (i trasporti, per le ragioni che diremo, vanno considerati a parte), o forse ad uno solo (i rifiuti) se si tiene presente che il settore idrico ha le proprie differenziazioni. Tuttavia, se si considerano le molteplici attività degli enti locali che a torto o a ragione sono fatte rientrare nella categoria dei servizi pubblici economici (parcheggi, mercati, trasporti scolastici, assistenza agli anziani,...) si può concludere che una disciplina generale non è inutile. Ma non così importante come il dibattito l'ha fatta sembrare.

### *3.2. L'esclusione delle società che svolgono attività strumentali*

Le società c.d. strumentali sono disciplinate dall'art. 13 d.l. 223/2006 conv. in l. 248/2006 e succ. mod., e sono ora richiamate dall'art. 1, comma 3, lett. e) dello schema di regolamento governativo. In questi casi siamo al di fuori dei servizi di interesse economico generale resi al pubblico. Si tratta dei servizi che l'ente pubblico produce per le proprie esigenze o che acquista nel mercato (servizi informatici, manutenzioni, contratti misti di fornitura e servizi, come il servizio calore). Nel caso l'acquisto avvenga all'esterno, si applica la disciplina del Codice appalti. Ma è consentita anche l'autoproduzione del servizio, con strutture proprie, o mediante società *in house*, che non è istituito proprio soltanto dei servizi pubblici locali. L'esclusione delle società strumentali dall'ambito di applicazione del 23-bis è, a rigore, superflua.

### *3.3. Tecniche e ragioni dell'esclusione di alcuni settori*

Un'osservazione preliminare va fatta: la legge (art. 23-bis, comma 1) non fa salve genericamente le discipline di settore relative a gas, energia elettrica, farmacie, ecc. Fa salve determinate leggi di settore. Fa riferimento in alcuni casi, in altri no, alle successive modificazioni subite dal testo richiamato. Ad esempio, per quanto riguarda le farmacie comunali richiama la legge 2 aprile 1968, n. 475 e successive modificazioni,

mentre per quanto riguarda il trasporto ferroviario regionale si rifà soltanto al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e ne ignora le successive modificazioni, peraltro essenziali. In taluni casi non ne derivano differenze rilevanti, in altri certamente sì, se si dovesse intendere che alla gestione delle farmacie si applica esclusivamente la legge del 1968 e successive modificazioni, ma su questo torneremo più avanti. In generale possiamo dire che il richiamo alle leggi di settore ha la funzione di individuare i servizi cui ci si riferisce, non quella di modificarne implicitamente il regime. L'effetto che va riconosciuto alle esclusioni contenute nell'art. 1, comma 1, secondo periodo, è di conservare per quei settori la disciplina vigente anteriormente all'entrata in vigore del 23-bis, salvi successivi interventi normativi settoriali.

Sempre in via preliminare va detto che l'esclusione non risponde ad un'unica logica. In taluni casi ne deriva la gara come unica modalità di affidamento, in altri la possibilità di affidamento diretto. Una considerazione di carattere generale può tuttavia farsi: la sottrazione ad una disciplina generale quale che sia è funzionale a rendere più agevole la contrattazione con il Governo e con il Parlamento da parte delle categorie di volta in volta interessate (enti locali, aziende pubbliche o private, sindacati). E' assai più probabile che si ottenga una deroga per sé che la modifica di una disciplina generale, in cui è più evidentemente in gioco una linea politica.

#### 3.4. *La distribuzione del gas naturale*

Nella distribuzione del gas naturale la sottrazione alla disciplina generale sottopone da tempo l'affidamento del servizio ad una disciplina proconcorrenziale, senza deroghe (d.lgs. n. 164/2000 e succ. mod.)<sup>21</sup>.

A parte il fatto che i tempi di applicazione sono stati continuamente rinviati (v. *infra* sui regimi transitori), e che tuttora sono sospesi in attesa di definizione degli ambiti territoriali minimi, cosicché si ricorre alla gara soltanto nei pochi casi in cui non si applica il regime di proroga, possiamo dire che nel caso della distribuzione del gas

---

<sup>21</sup> Direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, che abroga la direttiva 98/30/CE: fonte *EUR-lex*.

naturale – l'unico segmento della filiera del gas che costituisce servizio pubblico – all'esclusione consegue l'applicazione dell'unico metodo di affidamento – la gara per un gestore terzo - contemplato dal decreto legislativo del 2000.

### 3.5. *La distribuzione locale dell'energia elettrica*

Nel caso dell'energia elettrica, invece, la sottrazione alla disciplina generale serve ad impedire l'ingresso nel settore di qualsiasi forma di apertura alla concorrenza, dati i tempi lunghissimi (2030) di conservazione degli assetti attuali (decreto legislativo n. 79/1999 e legge n. 239/2004).

### 3.6. *La gestione delle farmacie comunali (legge 2 aprile 1968, n. 475)*

La legge richiamata non disciplinava più da tempo i modelli gestionali delle farmacie comunali; la giurisprudenza amministrativa ha infatti ritenuto la legge del 1968 superata dalla disciplina generale inderogabile contenuta nell'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000, testo unico contenente l'ordinamento degli enti locali<sup>22</sup>. Con la conseguenza che le farmacie comunali – prima dell'intervento di cui si discute – potevano essere gestite in una delle forme previste dall'art. 113, comma 5 e non più in quelle consentite dalla legge del 1968 (come modificata – ma non in quel punto - dalla legge n. 362 del 1991). Ora, a causa dell'esclusione, ci si chiede se le farmacie comunali possano essere gestite nelle forme previste dalla precedente disciplina contenuta nell'art. 113 del testo unico. In altri termini, alle farmacie comunali si applicano le modalità di gestione del testo unico (affidamento a terzi, società mista, gestione *in house*), oppure quelle anteriori (legge del 1968)<sup>23</sup>, che si consideravano ormai superate?

---

<sup>22</sup> Sui rapporti tra disciplina generale e discipline speciali in tema di farmacie comunali, la giurisprudenza amministrativa (si veda Cons. Stato, Sez. V, n. 2110/2007) ha stabilito che, essendo le farmacie comunali un servizio pubblico locale, ad esse si applica – per effetto dell'art. 113, comma 1, primo periodo - la disciplina generale contenuta principalmente nell'art. 113 del TUEL, che prevale sulla disciplina di settore (legge n. 475/1968 e succ. mod.). <<Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie>> (art. 113 tuel).

<sup>23</sup> La legge del 1968, parzialmente modificata dalla legge 362/1991, prevede le seguenti forme di gestione: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono gli unici titolari; d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i

A favore di questa seconda soluzione sta il fatto che l'art. 113, comma 5, è da considerarsi abrogato per incompatibilità, ed è comunque abrogato espressamente dall'art. 12, comma 1, lett. a) del regolamento ormai vicino all'approvazione definitiva. D'altra parte per effetto dell'esclusione non si può applicare la disciplina del 23-bis, che ha sostituito pro parte quella dell'art. 113.

La tesi non convince. Anzitutto va rilevato che lo scopo dell'esclusione è di sottrarre il settore all'applicazione delle novità apportate dalla revisione delle modalità di affidamento, che consiste essenzialmente<sup>24</sup> nel considerare l'*in house* modalità eccezionale e non più normale di gestione; e non di sovvertire la situazione precedente (introducendo, in questo caso, una controriforma). E' ragionevole ritenere che il legislatore, inserendo l'esclusione anche delle farmacie, intendesse conservare per esse l'*in house providing*.

Decisivo è poi il rilievo che la normativa della legge del 1968, la quale consente soltanto la scelta tra autoproduzione del servizio e società di capitali con i farmacisti dipendenti di quelle stesse farmacie, esclude l'affidamento a terzi con gara e non conosce le cautele con cui la giurisprudenza comunitaria ha circondato la gestione diretta, è nettamente contraria ai principi del Trattato già CE, ora TFUE, e a quelli che in via interpretativa ne sono stati desunti. Si tratta dunque di una normativa che dovrebbe essere disapplicata dai giudici italiani. Per essere sostituita con l'unica disciplina individuabile, quella vigente prima dell'intervento legislativo del 2009.

Certo, un intervento chiarificatore sarebbe utile. Il regolamento in itinere potrebbe utilmente dire che alle farmacie comunali continua ad applicarsi la disciplina previgente<sup>25</sup>.

### 3.7. *Le ferrovie regionali (decreto legislativo n. 422/1997 e succ. mod.)*

Il trasporto regionale per ferrovia fa parte dei *servizi pubblici locali*: dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 400/1999, che ha modificato il d.lgs. n. 422, i trasporti ferroviari regionali sono stati sottoposti alla medesima disciplina dei trasporti su gomma:

---

farmacisti che, al momento della costituzione della società prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità.

<sup>24</sup> La disciplina della società mista può essere considerata, come ha dimostrato la giurisprudenza amministrativa italiana, applicazione di principi già contenuti nell'art. 113 Tuel.

<sup>25</sup> Senza troppi scrupoli di eccedere dal proprio ambito di competenza.

attribuzione mediante gara della gestione dei servizi minimi, possibilità di autorizzazione all'esercizio di servizi integrativi senza sussidi pubblici. L'esclusione del trasporto ferroviario regionale dall'applicazione dell'art. 23-bis lo fa restare sotto l'ambito di applicazione della sola disciplina di settore e crea il presupposto per un successivo percorso normativo differenziato.

Il trasporto ferroviario regionale ricade dunque sotto l'ambito di applicazione del regolamento CE n. 1370/2007, in vigore dal 3/12/2009<sup>26</sup> e della disciplina di settore interna (decreto legislativo n. 422/1997 e succ. mod.). Il regolamento n. 1370 si applica alle concessioni di servizi pubblici locali (tutti quelli non nazionali) e non agli appalti di servizi, anche se pubblici, e prevede nei commi da 2 a 6 dell'art. 5, sia il metodo della gara, sia una serie di casi in cui, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, si può procedere all'affidamento diretto, sia nella forma dell'*in house*, sia nella forma della trattativa privata. Specificamente con riguardo alle ferrovie (art. 5, comma 6) il regolamento consente, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia (esclusi i tram e le metropolitane). La durata di tali contratti non è superiore a dieci anni. Va infine ricordato che il periodo transitorio del Reg. n. 1370/2007 è decennale. Per identificare dunque la disciplina applicabile al trasporto ferroviario regionale occorre assumere come riferimento e disciplina di base il citato regolamento comunitario e valutare quali prescrizioni vadano applicate comunque, e quali soltanto se la disciplina nazionale di settore non prescrive diversamente.

### 3.8. *Il caso del trasporto pubblico locale su gomma, tram e metropolitane*

Il settore del trasporto locale, su gomma e con tram o metropolitana, che a differenza del trasporto ferroviario regionale non è settore escluso, richiede un particolare approfondimento per la particolarità e complessità della situazione. Disciplinato fin dall'inizio separatamente dalla normativa generale, è un settore in cui la disciplina dell'affidamento a regime attraverso gara esiste come si è detto fin dal d.lgs n.

---

<sup>26</sup> Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

400/1999, che ha modificato il d.lgs. n. 422/1997. L'entrata in vigore dell'art 14 del DL n. 269/2003, che ha delineato una disciplina generale con la possibilità, tra l'altro, dell'affidamento *in house* senza escluderne espressamente il trasporto pubblico locale, ha fatto sorgere l'interrogativo se la nuova disciplina generale si applicasse anche a questo settore, con conseguente superamento della necessità di far ricorso alle gare<sup>27</sup>.

La questione è stata successivamente chiarita dall'articolo 1, comma 48, della legge 308/2004 (Delega al Governo per il riordino in materia ambientale) che ha inserito un comma 1-bis nell'articolo 113 del testo unico, a norma del quale il trasporto pubblico locale è escluso dall'ambito di applicazione della disciplina generale sui servizi pubblici locali, dovendosi pertanto applicare in tale ambito la disciplina "speciale" di settore.

Quando entra in vigore l'art. 23-bis (22 agosto 2008), le cui disposizioni si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore incompatibili, non se ne escludono i TPL. A quel punto si pone l'interrogativo, se la disciplina settoriale sia *<incompatibile>* e per quali aspetti eventualmente lo sia. Quel che è certo è che l'esclusione del 2004 non opera più.

Nel frattempo si avvicina l'entrata in vigore (3 dicembre 2009) del Reg. CE n. 1370/2007 in materia di trasporti, le cui norme sono largamente orientate a consentire *l'in house* ed anche affidamenti diretti senza gara. Vero è che il Regolamento non si applica, laddove prevede deroghe alla regola della gara, se la disciplina nazionale è diversa e più restrittiva, ma l'influenza sulla normativa interna è inevitabile. Infatti con la legge n. 102/2009 (entrata in vigore il 5 agosto 2009) di conversione del d.l. n. 78/2009, si prevede che *<<le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo>>*.

---

<sup>27</sup> La clausola generale inserita nel 2003 al comma 1 dell'art. 113 del Tuel secondo cui le nuove disposizioni generali relative alle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali, "concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie" non risolveva con certezza l'interrogativo.

La formulazione legislativa, volendo essere furba non è perspicua, dato che le autorità competenti italiane (si intende, quelle amministrative, le sole che nella gestione delle procedure avrebbero potuto avvalersi, cioè utilizzare il regolamento comunitario) *non avrebbero potuto avvalersi* delle previsioni dell'art. 5, par. 2 del Regolamento neppure se esso fosse stato già in vigore, perché avrebbe voluto dire violare la disciplina interna che il regolamento comunitario faceva salva. Ma tant'è. Da un lato vi è l'art. 23-bis (22 agosto 2008), secondo il quale le nuove norme generali si applicano anche ai trasporti, dall'altro vi è la successiva legge n. 102, che implicitamente ammette la possibilità di applicare – invece – il Regolamento n. 1370/2007. E' evidente la volontà del legislatore di consentire l'applicazione dell'art. 5 del Regolamento, nonostante la contrastante disciplina nazionale, e di consentirla anticipatamente rispetto al dicembre successivo. In questa prospettiva, il legislatore introduce un correttivo alla disciplina comunitaria: la messa a gara di almeno un 10% dei servizi, sul presupposto che per il resto si faccia un affidamento *in house*. Ma è anche chiaro che la norma è maldestra e forse contestabile.

Si inserisce quindi qualche cosa di più esplicito nell'art. 61 della legge n. 99/2009, in vigore dal 15 agosto 2009: <<*al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007*>>. In sostanza *si consente di usare* in luogo della normativa nazionale, quella comunitaria (e non soltanto l'art. 5, par. 2), superando così ogni interrogativo, se nel settore del TPL si debba applicare la normativa generale o quella settoriale. Ricordiamo che la disciplina comunitaria prevede per le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri sia la forma *in house* (se non vietata da leggi nazionali), sia l'aggiudicazione diretta (senza gara) se il valore annuo medio stimato è inferiore a 1 milione di euro (oppure se i km annui percorsi sono meno di 300.000, se vi è una situazione di emergenza, e in altri casi). Una disciplina molto diversa da quella nazionale, sia generale sia settoriale. E' appena il caso di aggiungere che il fatto che l'*in house* fosse in Italia vietato non ha più alcun rilievo, una volta che è il legislatore nazionale ad operare il rinvio.

A questo punto – settembre 2009 - entra in vigore l'art. 15 che modifica ed integra il 23-bis. Si tratta di norme di portata generale successive a quelle del mese precedente, relative al trasporto pubblico locale. Si potrebbe applicare la regola "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*", ma sarebbe troppo semplice, e in questo caso sbagliato. Perché, non soltanto nell'elenco dei settori cui non si applica la disciplina generale i trasporti non vengono inclusi (mentre si includono il trasporto ferroviario regionale, l'energia elettrica, le farmacie), ma soprattutto, con riferimento alla disciplina transitoria, si detta una norma derogatoria a favore delle Province Autonome di Trento e Bolzano (<<*sono fatti salvi.....i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'art. 61 della legge 23 luglio 2009 n. 99*>>) che non avrebbe nessuna ragion d'essere se quei trasporti fossero fuori dall'ambito di applicazione del 23-bis e dalle sue norme transitorie.

Si dovrebbe quindi concludere che nel settore del trasporto pubblico locale su gomma si applica la disciplina speciale (quella interna e quella regolamentare CE richiamata) soltanto in quanto compatibile con quella generale contenuta nel 23-bis (ad esempio, è da ritenere applicabile la parte del Regolamento CE che si riferisce alle situazioni di emergenza).

Tuttavia non si può non avvertire che è difficile, anzi impossibile, che la situazione resti così (con l'inclusione del TPL nell'art. 23-bis). E' di tutta evidenza infatti che da anni, almeno dal 2004, la disciplina di questo settore ha seguito un proprio filone normativo, che per accidente o per conflitti interni si è trovato "calpestato" dalla disciplina generale sostanzialmente contemporanea. Se il problema non può essere risolto in via interpretativa (come a noi pare) provvederà il legislatore con un qualche inciso alla prossima occasione.

Ed infatti il Governo ha già dato due chiari segnali con il regolamento previsto dal comma 10 dell'art. 23-bis. Nell'evidente intento di risolvere il problema creato per il TPL dalla normativa generale, il testo adottato dal Consiglio dei ministri il 17 dicembre 2009 (art. 12) dice: <<*Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007*>>. Il regolamento dice quello che può, non poteva dire: il 23-bis si

applica in quanto compatibile con il Regolamento CE 1370/28. Il regolamento, pur essendo di delegificazione (ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1988), capace in quanto tale di sostituirsi alla legge (che ne resta abrogata), può compiere tale operazione soltanto nei campi e per le finalità che gli vengono affidate. Tra queste non vi è l'ambito di applicazione del 23-bis. Vi è invece l'armonizzazione tra la disciplina generale e quella di settore in tutti i campi nominati (rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, acqua), <<individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica>> (art. 23-bis, comma 10, lett. d). L'operazione fatta dallo schema di regolamento governativo con l'art. 12 è affatto diversa da quella richiesta: ignora del tutto la disciplina generale, non armonizza la disciplina speciale con quella generale, tenta di sottrarre il TPL alla disciplina generale. Infatti, è questo il secondo segnale, nell'art. 12 (Abrogazioni e disposizioni finali) del regolamento *in itinere* si modifica l'ultimo periodo del comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422/1997, che dice: <<Trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati esclusivamente tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lett. a)>>, sopprimendo l'avverbio *esclusivamente*. Nell'evidente intento di agevolare l'utilizzazione di forme di affidamento non concorsuali.

Il fatto che il regolamento *in itinere* non produca a nostro avviso (non possa produrre) l'effetto voluto, non toglie che la sottoposizione del trasporto pubblico locale alla disciplina generale vada considerata "a rischio". Abbiamo infatti la prova di un conflitto in atto, che tende a sottrarre il TPL alla disciplina generale per portarlo sotto il tollerante (in questo caso) ombrello comunitario.

Per ora la disciplina applicabile al TPL deriva da quanto disposto dalla disciplina di settore, purché non in contrasto con l'art. 23-bis, che si applica anche al trasporto di cui sono titolari gli enti locali. Poiché la disciplina di settore è costituita anche dal Regolamento CE n. 1370, che ha forza superiore a quella della legge primaria interna, è possibile che il Regolamento prevalga anche sull'art. 23-bis. Poiché però il Regolamento stesso autolimita la propria efficacia, stabilendo in molti casi che si applica a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, i paragrafi 2, lett. da a) a

---

<sup>28</sup> Con l'intento di invertire il rapporto, non più "la disciplina speciale si applica in quanto compatibile con quella generale", bensì "la disciplina generale si applica in quanto compatibile con il Regolamento CE", che diviene la disciplina prevalente.

e) [*in house*], 4 [aggiudicazione diretta dei servizi di minor valore<sup>29</sup>], 6 [aggiudicazione diretta servizi su rete fissa diversi da tram e metro], e le relative modalità di affidamento in deroga alla gara, non si applicano nel nostro ordinamento. Si applica invece il paragrafo 5 [affidamento diretto, proroga consensuale o imposizione di obblighi di servizio pubblico] in caso di situazioni di emergenza (interruzione del servizio o pericolo di imminente interruzione), che non fa salva la legislazione nazionale divergente e quindi prevale<sup>30</sup>.

### 3.9. Conclusioni sull'ambito di applicazione e sul regime dei settori esclusi

In definitiva abbiamo:

- Settori esclusi dall'applicazione dell'art. 23-bis e quindi da tutta la normativa generale a regime e transitoria; per questi si applica soltanto la normativa di settore (gas, ferrovie regionali, energia, farmacie);
- Settori compresi e sottoposti alla disciplina generale in quanto la disciplina settoriale sia incompatibile (idrico, rifiuti e, per ora e con vari aspetti incerti, il trasporto pubblico locale);
- Settori "innominati" che sono sottoposti soltanto alla normativa generale (parcheggi, mercati, trasporti scolastici, ecc.).

A questo punto si possono affrontare due questioni che abbiamo lasciato sospese:

- per i settori esclusi, ad esempio gas, se sia possibile utilizzare l'affidamento a società mista, con le modalità imposte dalla legge (art. 23-bis, comma 2, lett. b) e ora anche dal regolamento;

- per i settori compresi, come debba risolversi la questione dell'applicazione della disciplina di settore sotto il profilo della compatibilità con la nuova disciplina generale (art. 23-bis).

Sul primo aspetto: si può discutere se, nonostante il silenzio in proposito della normativa di settore, come è nel caso del gas naturale, sia possibile l'affidamento diretto

---

<sup>29</sup> Nonostante l'art. 5, paragrafo 4, sia stato citato dalla legge n. 99/2009, è da ritenere che sia stato travolto dalla versione successiva dell'art. 23-bis, contenuta nell'art. 15 del d.l. n. 135, convertito con modificazioni dalla legge n. 166/2009, che è successivo alla legge n. 99.

<sup>30</sup> Potrebbe anche ritenersi che il paragrafo 5 esprima una regola generale, applicabile anche nel silenzio delle singole fonti.

a società mista. L'argomento a favore si fonderebbe sul carattere ordinario e non più derogatorio (rispetto alla gara) di tale procedura. Preferiamo dare piuttosto una risposta dubitativa. Il modello della società mista, come inizialmente contenuto nell'art. 15 (DDL del Governo), avrebbe potuto considerarsi così vicino al modello dell'affidamento con gara della gestione del servizio, da potersi ammettere anche nel silenzio della legge. Non così può dirsi per quel che è uscito nel testo definitivo in seguito alle modifiche parlamentari, che ne hanno fatto un modello ibrido, per le ragioni che saranno illustrate più avanti, e quindi non coincidente con la scelta di un gestore mediante gara.

Sul secondo aspetto, ci si chiede se la modalità di affidamento della gestione del ciclo dei rifiuti (da affidarsi nella sua unità di ciclo ad uno, o più gestori, nell'ambito, salva l'unitarietà) prevista dall'art. 202 del Codice Ambiente sia incompatibile con la disciplina dell'art. 23-bis, ai sensi del relativo comma uno. Potrebbe infatti sostenersi che la finalità predicata del testo citato <<di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale>> è ancor meglio perseguita da una disciplina che esclude del tutto il ricorso all'*in house providing*. Aggiungendosi che nel caso dei rifiuti può riconoscersi nella scelta del legislatore una valutazione, già compiuta, nel senso che in quel settore non vi è dubbio che vi sia sempre un interesse imprenditoriale ad ottenere l'affidamento. E che pertanto non vi è incompatibilità. L'argomento ci sembra debole, non tanto per l'intenzione del legislatore, certamente diversa, che non costituisce argomento interpretativo, ma per il carattere di principio riconoscibile nei commi 2 e 3 dell'art. 23-bis, cosicché di fatto non potranno verificarsi le condizioni richieste dai commi 3 e 4, ma in linea di principio è difficile dire che non vi sia prevalenza delle nuove norme sull'art. 202 del Codice ambiente.

Ora l'art. 12 del regolamento *in itinere* supera qualsiasi dubbio affermando che dall'entrata in vigore del presente regolamento (quando avverrà) sono o restano abrogati sia l'art. 150, comma 1, sia l'art. 202, comma 1 del Codice ambiente<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> In verità il comma 1 dell'art. 202 fa riferimento alla modalità di affidamento e quindi la sua soppressione è significativa, mentre il comma 1 dell'art. 150 attribuisce la competenza, non si occupa delle modalità della gestione, di cui trattano i commi 2, 3 e 4. D'altra parte il regolamento nega di voler

## 4. LA DISCIPLINA DELLA TRANSIZIONE

### 4.1. *Criteri della disciplina intertemporale*

Stabilito a quali servizi si applica la riforma del 2008/2009, occorre esaminare il relativo impatto sulle concessioni esistenti, essendo evidente che se la riforma non incide sui rapporti in corso, e non incide in tempi brevi, la sua introduzione nell'ordinamento produce effetti "apparenti" che non corrispondono a quelli reali. La disciplina transitoria è quella che si applica subito. Qui si misura il grado di effettività della disciplina.

L'anticipata interruzione dei rapporti in corso non è un obbligo di diritto comunitario (Corte Giust. II, 17 luglio 2008, C-347/06), come non è un obbligo di diritto comunitario il carattere derogatorio e non ordinario dell'autoproduzione del servizio. Non vi è peraltro neppure un contrasto tra l'ordinamento interno italiano, che ha già utilizzato la cessazione anticipata delle concessioni in corso, e l'ordinamento comunitario. Il caso del Regolamento CE n. 1370/2007, che prevede un periodo transitorio decennale in materia di TPL, sarà esaminato più avanti, trattando dei trasporti.

In tutti i settori *esclusi* la disciplina transitoria contenuta nel comma 8 dell'art. 23-bis non si applica, come non si applica la disciplina a regime. Ne sono fuori quindi il gas, l'energia elettrica, le farmacie comunali, i trasporti ferroviari regionali. Sono assoggettati invece al regime transitorio generale (comma 8) i servizi non esclusi (rifiuti, idrico) e quelli, non disciplinati da legge statale (o regionale), che i comuni (o le province) abbiano assunto come servizi pubblici. In tali casi è da ritenere che il regime transitorio del comma 8 prevalga sui regimi transitori di settore (ove stabiliti dal legislatore nazionale o regionale) in forza della clausola generale (<<*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*>>). Il regime transitorio per il TPL va esaminato a parte, per il carattere altalenante delle relative previsioni.

---

abrogare la parte in cui il comma individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione. Quindi il riferimento al comma 1 ci sembra un errore.

Le diverse scadenze dei rapporti in corso dipendono dalla combinazione di due aspetti: la natura del soggetto gestore e il titolo che legittima la gestione. L'entrata in vigore di una nuova disciplina in questa materia può produrre l'anticipata cessazione dei rapporti di durata in corso, anche se legittimamente sorti nell'osservanza della disciplina preesistente (la Corte costituzionale ne fa una valutazione in termini di ragionevolezza). Il nostro legislatore in questa occasione, come d'altronde in quella precedente (2003), ha differenziato le date di scadenza degli affidamenti non conformi alla nuova disciplina, in relazione alla conformità o meno alla disciplina previgente. Di conseguenza le gestioni esistenti già conformi alla nuova disciplina permangono nei termini loro propri, durata compresa; quelle non conformi cessano anticipatamente, in tempi diversi in relazione alla conformità o meno alla disciplina che li regolava quando sono sorte. La cessazione o la nuova durata derivano direttamente dalla legge, senza necessità di deliberazioni degli enti affidanti.

#### 4.2. *L'incidenza della legge sulle gestioni in house esistenti*

Se si considera la nuova disciplina degli affidamenti, introdotta dalle norme in esame, si constata facilmente che in nessun caso è possibile che l'affidamento *in house* sia stato conferito in modi già *rispettosi della disciplina sopravvenuta*. Anche volendo sottolineare che la norma parla di <<*affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3*>> e non cita il comma 4 (parere dell'Antitrust), il comma 3 richiede una motivazione in base alle condizioni di mercato, estranea al regime preesistente. Ne deriverebbe – applicando il criterio di cui sopra - la cessazione anticipata nello stesso termine di tutti gli affidamenti *in house*. Questo era infatti il contenuto dell'iniziale testo governativo. La scelta del legislatore è stata alla fine diversa e più complessa.

Il primo criterio inserito in questo schema di base è un premio alla conformità comunitaria<sup>32</sup>: i rapporti *in house*<sup>33</sup> conformi alle regole comunitarie cessano anch'essi

---

<sup>32</sup> Le regole comunitarie sull'*in house* non sono esattamente corrispondenti a quelle del diritto interno.

<sup>33</sup> Si tratta dei rapporti *in house* esistenti al 22 agosto 2008, data di entrata in vigore dell'art. 23-bis, che ha introdotto un nuovo regime degli affidamenti. Da quella data in poi gli affidamenti *in house* sono legittimi soltanto se conformi ai commi 3 e 4 dell'art. 23-bis e ora al Regolamento governativo e in particolare al suo art. 4 (peraltro il testo cui ci riferiamo non è definitivo). La disciplina transitoria non riguarda gli affidamenti successivi a quella data. Essi durano fino alle scadenze previste, a meno che in via di autotutela o per sentenza non vengano meno, secondo le regole generali.

anticipatamente, ma proseguono fino al 31.12.2011; quelli non conformi cessano subito, a fine dicembre 2010 (termine così prossimo che è legittimo supporre un accordo di proroga già intervenuto). Il secondo criterio inserito è un premio a chi privatizza, a condizione<sup>34</sup> che la conformità alle regole comunitarie vi sia già: in tal caso se le amministrazioni proprietarie cedono almeno il 40% del capitale della società - entro il 31.12.2011 - ad un socio scelto mediante procedura ad evidenza pubblica, che abbia ad oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il rapporto di gestione cessa alla scadenza prevista dal contratto di servizio. In sostanza le società *in house*, che dovrebbero tutte cessare a breve, nel senso che perderebbero le loro concessioni, si possono salvare trasformandosi in società miste.

Naturalmente qualsiasi società *in house* può decidere di trasformarsi in società mista, e non soltanto quelle *conformi*. Se una tale società decide di trasformarsi in società mista (applicando le regole del comma 2 lett. b) art. 23-bis) si ha un nuovo inizio in ogni caso, sia che la società fosse già prima in regola con le norme comunitarie, sia che non lo fosse, si ha cioè il cambiamento del contratto di servizio, una nuova determinazione della durata e naturalmente il mutamento del soggetto con cui l'ente affidante intrattiene il rapporto di servizio. La differenza riguarda i tempi. Le società *in house conformi* (alla disciplina comunitaria) hanno tempo fino al 31.12.2011 per trasformarsi in società miste. Con vantaggio, è da ritenere, anche per il socio, dato che legittimamente in questo caso si potrà prevedere che il rapporto di società continui fino alla scadenza prevista dall'originario contratto di servizio. Ma appunto perché si tratta di un *premio*, è da ritenere che la società possa rinunciarvi, e nell'espletare la gara per il socio possa prevedere una durata inferiore. La valutazione sulla durata resta in capo all'ente affidante, negli spazi di autonomia che la legge lascia in questa materia.

In sintesi, nel caso previsto dal comma 8, lett. a) il socio privato che subentra può lucrare *pro parte* la rendita fino alla scadenza originariamente prevista, così come il socio pubblico per la restante parte. Per accedere a questa rendita il socio privato *paga* nella fissazione del prezzo delle quote societarie. Il socio pubblico resta semplicemente al di fuori della concorrenza anche per molti anni.

---

<sup>34</sup> Infatti "esse cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio" è riferito alle società del periodo precedente, quelle conformi e che in quanto tali non cessano la gestione prima del 31.12.2011.

Nel caso di *in house difforme* l'ente locale deve semplicemente applicare i commi 2 ed eventualmente 3 e 4 dell'art. 23-bis, e lo deve fare entro il 31.12.2010, perché a quella data la gestione cessa di esistere. Il punto è che nel caso dell' *in house conforme* la gara riguarda sia i compiti operativi da svolgere in seno alla società, sia il valore della residua concessione di cui la società può legittimamente continuare a godere per beneficio di legge, mentre nel caso dell'*in house difforme* non vi è un valore reddituale della residua concessione, ma vi è sempre il valore patrimoniale della società. Ma su questi aspetti ritorneremo trattando di società miste.

Qui basta osservare che per le attuali gestioni pubbliche dirette siamo di fronte ad un forte incentivo alla trasformazione in società miste.

#### *4.3. Le società concessionarie del ciclo idrico sono soggette ad una disciplina transitoria differenziata?*

L'interrogativo nasce dal fatto che l'art. 15, comma 1-ter del d.l. 135/09, conv. in legge n. 166/09, apre *in qualche modo* la possibilità di una disciplina differenziata del servizio idrico, a regime<sup>35</sup>. In verità, il testo di legge nulla aggiunge a quanto già derivava dalla legislazione vigente (la proprietà pubblica dell'acqua e degli acquedotti; la spettanza pubblica del governo delle risorse idriche, la spettanza pubblica del governo dei pubblici servizi; la separazione tra governo e gestione). Ma è palese la volontà politica di introdurre una qualche differenziazione.

Il compito è svolto dal regolamento *in itinere* (art. 4, comma 2) il quale traduce quella indeterminata differenziazione in una sostanziale deroga al comma 3 dell'art. 23-bis. Nel procedimento per l'autoproduzione del servizio l'ente affidante potrà – in luogo dell'indagine di mercato che dimostri l'inesistenza di concorrenti idonei - rappresentare <<*specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione cosiddetta in house non distorsiva della concorrenza*>>. Dalla previsione regolamentare deriva che le valutazioni alla base della possibilità di far ricorso all'*in house* nel caso del servizio

---

<sup>35</sup> Comma 1-ter. “Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23 –bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 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 al prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio

idrico sono sostanzialmente diverse da quelle richieste per tutti gli altri servizi e si basano sull'efficienza attuale della gestione del servizio. Il regolamento introduce anche i criteri per la valutazione dell'efficienza. L'accertamento dell'esistenza delle condizioni di efficienza è rimesso – almeno in prima battuta - al vertice politico dell'ente affidante, sotto la sua responsabilità.

Sul peso di tale previsione nell'economia della riforma ci soffermeremo più avanti. Qui interessa esaminare se ne derivino effetti sul regime transitorio. Ritorniamo quindi sui criteri con i quali la recente legislazione in questa materia ha risolto i problemi di diritto transitorio. Si è detto che continuano le gestioni che sono già conformi alla disciplina sopravveniente. E che nel caso dell'*in house* gestioni già conformi alla nuova disciplina non ne esistono, non dandosi la possibilità che le valutazioni (ricerca di mercato), le motivazioni e il parere antitrust (ancorché non vincolante) avessero potuto avvenire prima dell'introduzione della norma (commi 3 e 4 dell'art. 23-bis). Con la conseguenza che gestioni *salvaguardate* a questo titolo non se ne prevedono nella legge.

Ora, se si tratta (soltanto) di valutare con i parametri regolamentari l'efficienza della gestione si può sostenere che tale valutazione può essere fatta ora per allora (al momento dell'affidamento) e che nel caso di esito positivo non vi sarebbe ragione – nella logica della disciplina – di far cessare anticipatamente una gestione che potrebbe essere, nella sostanza, confermata. Tanto più che i criteri di valutazione sono di natura tale da essere applicati a gestioni già in corso e quindi attuali. Si può concludere per la possibilità di sostenere – pur nel silenzio della normativa – che il procedimento previsto dall'art. 4 del regolamento può essere utilizzato per evitare la cessazione anticipata della gestione idrica *in house* anche senza privatizzazione (ma passando per l'Antitrust).

Se quindi avevamo prima concluso che quanto alle attuali gestioni pubbliche dirette siamo di fronte ad un forte incentivo alla trasformazione in società miste, nel caso delle gestioni idriche siamo di fronte ad un incentivo alla continuità delle gestioni pubbliche.

#### 4.4. *L'incidenza della legge sulle società miste esistenti*

Nei riguardi delle società miste concessionarie dirette ritroviamo l'applicazione del criterio generale sopra illustrato. Se la costituzione della società mista è stata realizzata applicando la gara sia per il conferimento della qualità di socio, sia per la gestione del servizio (tutto o parte), quindi conformemente alla disciplina ora vigente, il rapporto di gestione continua fino a normale scadenza. Nel caso in cui la gara non vi sia stata o vi sia stata soltanto per il conferimento della qualità di socio, la scadenza è anticipata nel primo caso al 31.12.2010, nel secondo al 31.12.2011 (comma 8, lett. b) e c) dell'art. 23-bis). Ed opera, come si è visto sopra per le gestioni *in house*, *ex lege*.

Nel caso delle società miste non rileva il momento in cui la società è stata costituita. Scadenza anticipata (2011), ovvero scadenza naturale, dipendono dall'oggetto della gara (la scadenza breve – 2010 – è la sanzione per la mancanza di gara). Come si vedrà meglio in seguito, la giurisprudenza italiana aveva già individuato i requisiti della gara per la costituzione della società mista al fine di consentire l'affidamento diretto alla società. Nello stesso senso si è espressa successivamente la Corte di Giustizia (CGCE, 15 ottobre 2009, C-196/2008). A parte ogni considerazione sul *doppio oggetto*, di cui si dirà, alla giurisprudenza interna e a quella comunitaria preme che l'affidamento avvenga per lo svolgimento di uno specifico servizio, cosicché la gara per la scelta del socio sia soltanto, o anche, una gara per la scelta di un gestore, di modo che possa consentirsi l'affidamento diretto alla società proprio perché grazie alle caratteristiche della gara non è un affidamento diretto, come tale illegittimo. Se la gara ha avuto queste caratteristiche essa è conforme al diritto ora vigente (dal 22 agosto 2008) e non vi è ragione di far cessare anticipatamente il rapporto. Nel caso invece in cui sia stata rispettata la disciplina previgente (gara per la sola qualità di socio) la cessazione anticipata (2011) consegue alla non conformità rispetto alla normativa attuale.

Quanto alla modalità delle gare, il requisito richiesto per beneficiare di scadenze diverse dal 31.12.2010 è il rispetto dei principi di cui alla lett. a) del comma 2 dell'art. 23-bis, vale a dire dei principi generali del Trattato e di quelli relativi ai contratti pubblici. Se la verifica dell'oggetto della gara – al fine dell'applicazione del comma 8 cit. – è semplice, più complesso è verificare se la gara ha rispettato i principi del Trattato. Non si tratterà tuttavia di fare un esame rigoroso delle procedure, ma di constatare se la gara ha avuto i caratteri che alla luce dei principi comunitari consentono di qualificarla tale.

#### 4.5. *L'incidenza della legge sulle società quotate*

Per comprendere il comma 8, lett. d) dell'art. 23-bis, relativo alle società quotate, occorre ricordare che l'art. 113, comma 15-bis, introdotto nel 2003, escludeva dalla cessazione (conseguente anche qui alla riforma degli affidamenti) le concessioni affidate alla data del 1 ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle direttamente partecipate a tale data a condizione che fossero concessionarie esclusive del servizio. Il 1° ottobre 2003 è il giorno precedente la data di entrata in vigore del d.l. 30 settembre 2003 n. 269. Il mantenimento delle concessioni in corso a quella data aveva in teoria un termine di scadenza, ma praticamente indeterminabile. Ora il comma 8, lett. d) conferma il privilegio, circoscritto alle società quotate e a quelle dalle stesse controllate a quella data (non ripete *direttamente controllate*); non richiede che siano concessionarie *esclusive*, in compenso fissa un termine certo di cessazione di quegli affidamenti: al 30 giugno 2013, se la partecipazione pubblica si riduce entro quella data al 40% e al 31 dicembre 2015 se la partecipazione pubblica si riduce entro quella data al 30%. Le concessioni che possono rientrare nel regime di conservazione delle durate inizialmente previste sono quelle di cui le società quotate al 1.10.2003 erano già titolari. E le concessioni attribuite prima di quella data a società controllate (anche divenute controllate successivamente).

Dei dubbi di costituzionalità di detta disciplina - in quanto pone a rischio concessioni che appartengono al patrimonio di società quotate - abbiamo già detto sopra. Considerazioni a parte merita quell'inciso del comma 8 lett. d) del 23-bis che, nel prevedere dismissioni di percentuali pubbliche di società quotate, consente, oltre alle ordinarie forme pubblicitiche, certamente complesse e costose, forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali. La formula utilizzata <<*forme di collocamento privato*>> non fa riferimento a nessun tipo di procedura normativamente fissata, cosicché non vi sono regole da seguire, ancor meno se il potenziale acquirente non è un investitore istituzionale (espressione che identifica una categoria sufficientemente precisa), ma un qualsiasi operatore industriale. In sostanza si tratta dell'autorizzazione a vendere a trattativa privata.

#### 4.6. *Il transitorio nel trasporto pubblico locale*

Secondo la disciplina di settore (d.lgs. n. 422/1997 e succ. mod.) il periodo transitorio avrebbe dovuto cessare al 31 dicembre 2003. Durante il periodo transitorio le Regioni avevano la possibilità di mantenere tutti gli affidamenti in corso, ai concessionari privati e alle società derivanti dalla trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi. Successivamente con legge statale<sup>36</sup> è stata conferita alle regioni – nuove titolari della competenza in materia di trasporti - la possibilità di prorogare quel termine (31 dicembre 2003) al 31 dicembre 2006<sup>37</sup>, con la facoltà di mantenere gli attuali esercenti per ulteriori 2 anni (31 dicembre 2008), a determinate condizioni<sup>38</sup>.

Il 22 agosto 2008 è entrata in vigore la legge n. 133 di conversione del d.l. n. 112/2008, il cui art. 23-bis, comma 9, ultimo periodo, disponeva: <<*In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010 per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica*>>. Con margini di perplessità sulla scadenza del termine, derivanti dal fatto che contestualmente si attribuiva al Governo il compito di disciplinare con regolamento delegato (mai emanato) la fase transitoria, prevedendo tempi differenziati.

Ora il periodo transitorio introdotto in termini chiari dalla nuova disciplina e direttamente con legge (art. 15) si applica anche al TPL? Si deve rispondere di sì, perché il 23-bis come modificato dall'art. 15 non si inserisce nel testo dell'art. 113 Tuel (che escludeva dal proprio ambito il TPL), costituisce una disciplina autonoma che prevale sulle discipline di settore, secondo quanto sopra illustrato. Inoltre – e soprattutto – i settori a cui la disciplina non si applica sono elencati, e tra questi non vi è il TPL, mentre è espressamente previsto che la nuova disciplina non si applica al trasporto pubblico locale nelle regioni a statuto speciale e nelle due province autonome. Sembrerebbe chiara la volontà del legislatore del 23-bis e succ. mod. di comprendere nella propria disciplina anche il TPL, con conseguente applicazione del regime

---

<sup>36</sup> Le regioni non hanno il potere di prorogare le fasi transitorie stabilite dallo Stato. Lo ha stabilito la Corte costituzionale con alcune sentenze proprio in tema di trasporti.

<sup>37</sup> D.l. 24 dicembre 2003, n. 355, conv. in l. 27 febbraio 2004, n. 47, art. 23, comma 3-bis; legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 393 e 394.

<sup>38</sup> L'art. 1, comma 394 della legge n. 266/2005, mod. dall'art. 3, comma 2-bis del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51 ha consentito alle regioni di prorogare le scadenze di 2 anni agli attuali gestori a determinate condizioni

transitorio (comma 8 dell'art. 23-bis, come modificato dall'art. 15) anche al trasporto pubblico locale. Con un'ulteriore proroga, di due o più anni rispetto al termine massimo, stabilito dalla disciplina di settore, del 31 dicembre 2008.

Il comma 1- bis del citato art. 15 introduce uno speciale e più favorevole regime transitorio (al 3 dicembre 2019, salva l'applicabilità del comma 3 dell'art. 8 del Regolamento CE) per le sole province autonome di Trento e Bolzano. Abbiamo anche sottolineato che lo schema di regolamento governativo non ha la forza di sottrarre, come forse vorrebbe, il TPL all'art. 23-bis. Ma abbiamo aggiunto che questa conclusione è provvisoria, essendovi chiari segnali – da ultimo, l'art. 12 dello schema di regolamento - della volontà (non ancora concretizzata) di escludere anche i trasporti dalla disciplina generale e quindi dal relativo regime transitorio.

Le perplessità nell'osservatore sorgono – analogamente a quanto sopra esaminato per la disciplina a regime - dall'art. 61 della legge n. 99 del 2009, che ha consentito, anche in deroga alle discipline di settore, di utilizzare le previsioni del Reg. CE n. 1370 del 1997, comprese quelle che rinviando l'applicazione dell'art. 5 (che prevede i casi di gara e quelli di deroga alle gare) al 3 dicembre 2019, dieci anni dopo l'entrata in vigore del regolamento CE. Abbiamo già illustrato sopra le ragioni per cui l'art. 23-bis, come modificato dall'art. 15 cit. entrato in vigore nel settembre 2009, prevale sulla disciplina introdotta nell'agosto 2009 in materia di TPL. Conclusione confermata proprio dal comma 8 della disciplina generale.

Resta il problema che il Regolamento CE e quindi anche la sua disciplina transitoria hanno forza superiore a quella delle fonti primarie interne. Quindi il comma 8 della disciplina generale – che prevale in quanto contrastante con la disciplina di settore – non basterebbe, perché esprime la volontà di una fonte primaria a fronte della diversa volontà di una fonte superprimaria. Senonché il risultato che si otterrebbe ha forti caratteri di incongruenza: non si applicherebbe la disciplina sostanziale del citato Regolamento, e si applicherebbe invece quella transitoria, che chiaramente riflette – con l'estrema prudenza del periodo transitorio - una visione dei problemi del settore TPL completamente diversa da quella del legislatore italiano, quella appunto contenuta nella disciplina dei par. 2, 4 e 6 dell'art. 5. Il legislatore comunitario dichiaratamente pone in secondo piano le regole di concorrenza di fronte a particolari situazioni di fragilità e di scarsa tenuta economica del settore che ritiene particolarmente preoccupanti, mentre il

legislatore nazionale non ha mai messo in dubbio il ricorso al metodo competitivo, tenuto anche conto della possibilità di compensare gli oneri sociali imposti ai gestori. Se è legittimo che i legislatori nazionali non utilizzino le deroghe introdotte dal Regolamento, non si vede perché ne dovrebbero applicare la disciplina transitoria, che quelle deroghe riflette.

A questo punto, e per finire, occorre esaminare l'art. 12, comma 4, del regolamento in itinere, che abbiamo già sopra riferito. Basterà dire che il regolamento nulla dice sul periodo transitorio interamente disciplinato dalla legge - e quindi non aggiunge nessun mattone alla costruzione dell'edificio della prevalenza del Regolamento CE sul diritto interno.

## 5. NUOVE REGOLE

### 5.1. *La nuova disciplina ordinaria. Gara per il terzo e gara per il socio*

Il principale contributo arrecato dall'art. 15 al testo dell'art. 23-bis è stata la correzione della collocazione sistematica dell'affidamento a società miste pubblico private. Non più tra i casi di deroga alla regola della procedura concorrenziale, ma come una sua variante. L'unica modalità per legittimare l'affidamento diretto a società mista è infatti equipararlo effettivamente alla scelta competitiva di un gestore o cogestore (ma su questo *amplius infra*).

Secondo il nuovo comma 2 dell'art. 23-bis, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali può avvenire in via ordinaria:

a) *a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;*

b) *a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.*

La procedura competitiva ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario del servizio – la forma ordinaria per eccellenza - non ha in questo testo una specifica disciplina. Si rinvia ai principi che sono stati dedotti dal Trattato CE e che sono nello stesso tempo i principi dei contratti pubblici: imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, così come previsto dagli artt. 3 e 7 della direttiva 2004/18. Si applica,

per quanto non diversamente disposto, l'art. 30 (Concessione di servizi) del Codice appalti, e per singoli settori le relative norme regolamentari. Discipline settoriali dello Stato possono disciplinare singole gare, per gli aspetti di tutela della concorrenza, ferma restando la competenza regionale.

## 5.2. *La scelta del gestore-socio. Origini*

La procedura competitiva ad evidenza pubblica per la scelta del gestore-socio nasce nelle sue linee fondamentali dalla giurisprudenza, nella sua attività volta ad individuare le modalità che potevano rendere conforme ai principi comunitari, e ora anche interni, l'affidamento diretto ad una società mista pubblico privata, come disciplinato nell'art. 113, comma 5, lett. b) del Tuel.

Resta fondamentale il parere n. 456/2007 della Sezione seconda del Consiglio di Stato, reso sull'affidamento da parte dell'AGEA alla società SIN del Sistema Informativo Agricolo Nazionale (SIAN). Nell'occasione, dovendo esaminare una società mista affidataria diretta per legge di un servizio pubblico statale, la Sezione seconda ha approfondito il problema dell'affidamento diretto ad una società mista. Respinte le tesi che negavano in radice la possibilità di affidamento diretto a società miste anche se il socio è stato scelto con gara (con conseguente necessità della "seconda gara"), così come quelle che consideravano legittimo l'affidamento diretto alla società sul solo presupposto che il socio fosse stato scelto con gara, la Sezione, tenuto conto del favor europeo per il PPPI (ancorché senza modalità definite), si chiede a quali condizioni può essere considerato legittimo l'affidamento diretto, considerato che se tali condizioni non potessero configurarsi ne deriverebbe la spinta verso l'autoproduzione del servizio, vale a dire la collocazione dell'attività fuori mercato, soluzione che – dice la Sezione - secondo la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia dovrebbe essere invece eccezionale.

La soluzione – alla stregua dei principi individuati direttamente o indirettamente dalla Corte di giustizia – è proposta nei seguenti termini.

La compatibilità dell'affidamento diretto a società mista può essere rinvenuta almeno in un caso: <<*quello in cui (omissis) non si possa configurare un "affidamento diretto" ad una società mista ma piuttosto "un affidamento con procedura di evidenza*

*pubblica” dell’attività “operativa” della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all’identificazione di quest’ultimo>>.* In altri termini, l’attività che si ritiene affidata senza gara alla società mista è da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto allo stesso tempo l’attribuzione dei suoi compiti operativi e della qualità di socio.

La Sezione ammette <<*la difficile sostenibilità di un affidamento tramite una procedura di evidenza pubblica nella quale l’amministrazione abbia la duplice veste di stazione appaltante e di socio della società che aspira all’affidamento*>>, ma ritiene necessario, alla stregua degli stessi orientamenti comunitari, uscire dall’alternativa: gestione pubblica totale/ricorso integrale al mercato; riconosce, alla stregua della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che la società mista in quanto tale non è sottoposta al controllo analogo, ma ritiene *dirimente* il fatto che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell’*in house* sia selezionata con procedure di evidenza pubblica.

Alla stregua di tali considerazioni la Sezione ritiene ammissibile il ricorso alla società mista (con un’interpretazione adeguatrice dell’art. 113, comma 5, lett. b) in connessione con il successivo comma 12 dello stesso articolo Tuel) in quanto <<*modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto con gara al socio “operativo” della società*>>.

Alle seguenti condizioni:

- l’amministrazione deve motivare in maniera adeguata perché si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato;
- la gara deve mirare non soltanto alla scelta del socio privato ma anche, tramite la definizione dello specifico servizio, all’affidamento dell’attività da svolgere; si preveda un rinnovo della procedura alla scadenza del periodo di affidamento e fin dagli atti della gara siano chiarite le modalità per l’uscita del socio.

In definitiva deve esservi *una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio e gara per la scelta del socio*<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Con successiva sentenza il CdS, VI, n.1555/09, avente ad oggetto la gara per la selezione del socio privato di SIN srl, ha riesaminato il parere della II sezione n. 456/2007e ne ha confermato il nucleo fondante, nella parte in cui ha affermato che “è possibile l’affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l’erogazione di uno o più servizi determinati da rendere almeno in via prevalente a favore dell’autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non

L'interpretazione adeguatrice del citato comma 5, lett. b) (che a determinate condizioni rende possibile l'affidamento a società miste) è resa possibile anche dagli indirizzi comunitari, e precisamente:

- dal Libro Verde 30 aprile 2004 che ammette il PPPI (la cooperazione tra ente pubblico e privato in un ente dotato di propria personalità giuridica), il quale permette tra l'altro *<<al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni>>*, a condizione che la scelta del partner privato non sia basata soltanto sul suo contributo in capitali o sulla sua esperienza, *<<ma dovrebbe tener conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire>>*<sup>40</sup>;

- dalla Risoluzione del Parlamento europeo 26 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati (2006/2043(INI) dove si precisa a che condizioni non è necessaria la seconda gara: *<<se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara>>*;

- dalla Comunicazione interpretativa della Commissione C2007/6661 del 5 febbraio 2008, che parimenti respinge la necessità di una seconda gara: *<< Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto>>*. *<<La selezione del partner privato è accompagnata dalla*

---

soltanto alla scelta del socio privato ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara". La sentenza ha mosso dalle condizioni legittimanti ivi tratteggiate, per denunciarne la insussistenza nel caso esaminato. Le condizioni che consentirebbero il ricorso a tale forma organizzativa, lo si ricorda, sono così enucleabili: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima

<sup>40</sup> Libro Verde 2004, punto 58

*costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto>>.<sup>41</sup>*

Ora è giunta anche la conferma della Corte di giustizia, sentenza 15 ottobre 2009, C-196/2008, che si è pronunciata su rinvio del TAR Sicilia 13 marzo 2008. Nel caso di specie si trattava dell'affidamento del servizio idrico integrato ad una società mista appositamente costituita a quello scopo esclusivo. La Corte, premesso che la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulta inconciliabile con gli artt. 43 e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e non discriminazione, ritiene che si possa ovviare ogni qualvolta *<<i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata come nella specie l'attività operativa del servizio di cui trattasi e pertanto la gestione di quest'ultimo>>*.

Precisa inoltre che *<<una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale, deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara>>*. Cita a tale proposito la propria sentenza 19 giugno 2008, C-454/2006.

Conseguentemente il dispositivo dice:

*<<Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine di fornire e gestire il servizio idrico integrato, e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni>>*.

---

<sup>41</sup> *<<In altri termini, i PPPI devono continuare ad operare nel loro ambito di attività iniziale e non possono, in linea di principio, ottenere nuovi appalti pubblici o nuove concessioni senza una procedura di gara che rispetti il diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.>>* Comunicazione interpretativa della Commissione C2007/6661.

### 5.3. *La società mista nel 23-bis*

Vi è quindi sintonia tra gli orientamenti espressi nel diritto interno, in quello comunitario e ora nell'art. 23-bis comma 2 lett. b). Non piena sintonia – tuttavia – con il parere del Consiglio di Stato n. 456/2007 sopra citato. Vi si diceva che l'amministrazione avrebbe dovuto motivare “il mancato ricorso integrale al mercato”, mentre l'art. 23-bis, nel considerare ordinaria anche la forma di affidamento mediante società mista, esclude che l'amministrazione debba darne conto, così come non dà conto se bandisce una gara.

In aggiunta ai principi cui la gara deve attenersi, l'articolo 23-bis comma 2, lett. b) inserisce l'obbligo che il socio privato, quando non maggioritario, abbia almeno il 40% di partecipazione.

Lo schema di regolamento governativo, ferma l'applicazione delle regole generali relative a tutte le gare, richiede inoltre, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, che il bando di gara o la lettera di invito assicurino:

- a) *criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;*
- b) *che il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, c. 2;*
- c) *criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.*

La dottrina ha quindi correttamente rilevato che la società mista non sarà direttamente operativa, ma soltanto uno strumento di coordinamento e controllo rispetto allo svolgimento del s.p. da parte del socio selezionato con procedura di evidenza pubblica. Anche se, va aggiunto, la percentuale minima di partecipazione del 40% non appare congruente con il compito affidato.

Si tratta di un modello indubbiamente complesso, che richiede una gestione accurata sia nella selezione del socio, badando a che i criteri di selezione riferiti alla gestione del servizio prevalgano sull'offerta economica relativa al prezzo delle azioni, sia nella gestione del rapporto, comprese le modalità di uscita del socio dalla società a

fine gestione, in applicazione di quanto opportunamente previsto dallo schema di regolamento. Sarà già complicato gestire correttamente questo modello di società mista. Ma c'è di peggio, come vedremo subito.

#### 5.4. *L'alterazione del modello*

Si noti che nei lavori parlamentari sono state introdotte due rilevanti novità rispetto al testo del Governo:

- con la prima, nel comma 2, lett. b), trattandosi dell'attribuzione della qualità di socio, laddove si diceva <<*e attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio*>>, il testo definitivo dice <<*attribuzione di specifici compiti operativi*>>;
- con la seconda, si è inserita la possibilità di evitare la cessazione delle gestioni *in house* trasformandole in società miste (comma 8, lett. a); con la conseguenza che si avrà l'ingresso di un socio privato in una società di proprietà pubblica preesistente dotata della propria azienda.

La prima novità non impedisce – riteniamo - che tutti i compiti operativi costituiscano il contenuto della gara e che quindi si abbia una società mista con compiti di coordinamento, come sopra illustrato, secondo l'ipotesi considerata anche dalla Corte di giustizia, oltre che dai giudici amministrativi. Ma può essere interpretata nel senso di considerare normale che soltanto una parte, delle attività richieste per lo svolgimento del servizio, sia messa a gara. Ed è qui che si evidenzia il rischio di distorsione della figura della società mista *affidataria diretta*. Se metto a gara “*specifici compiti operativi*”, chi svolge i restanti? E in forza di quale titolo legittimante? Se soltanto una parte di compiti operativi entra nella società, i restanti compiti a chi vengono affidati? Entrano anch'essi in società, ma riservati all'ente pubblico affidante e candidato socio? Interrogativi, come si vede, cui non è facile rispondere, non essendo considerata *normale* l'autoproduzione del servizio, subordinata invece, come sappiamo, ai presupposti e alla procedura del comma 3 e, sopra soglia, del comma 4 dell'art. 23-bis.

Se si dovesse concludere che la parte del servizio non messa a gara ai sensi del comma 2, lett. b) è svolta dall'ente pubblico affidante, direttamente o mediante società *in house*, avremmo un'evidente violazione dei principi comunitari: vengono meno i

paletti in base ai quali il diritto comunitario consente la gestione societaria come fosse una gestione interna dell'ente. Ed avremmo un tale stravolgimento degli stessi principi su cui si basa la riforma del 2008/2009, da metterne a rischio l'intera tenuta.

Infatti, se la gestione fuori mercato è eccezionale e richiede di essere rigorosamente motivata e controllata; e la società mista è legittima e normale perché vi si applicano regole di mercato; in tutti i casi in cui nella società mista la parte di gestione pubblica (diretta) sarà importante o prevalente saremo di fronte ad una elusione, non delle regole della gara, che si sarà comunque fatta, ma di quelle che riguardano l'*in house providing*. Come dire che la possibilità di libera scelta dell'*in house*, uscita dalla porta solo un anno fa (legge 133/08), sarebbe riuscita a rientrare – sia pure a determinate condizioni - dalla finestra.

Non resta che interpretare l'espressione usata – al di là delle intenzioni - nel senso che la gara deve individuare con precisione i compiti operativi specifici in cui si sostanzia il servizio messo a gara. E respingere la possibilità di mettere a gara una parte soltanto del servizio.

La seconda novità pone un problema simile ma non identico. In questo caso un'azienda operativa già esiste; lo scopo della norma (comma 8, lett. a) del 23-bis) è di consentire la prosecuzione della gestione fino alla scadenza naturale. Si può considerare normale che il socio svolga soltanto alcuni compiti operativi. La dottrina, valorizzando questo secondo caso, ha ipotizzato che la società mista abbia carattere consortile, appunto perché le strutture operative in questo caso sono due. La situazione non è diversa da quella che abbiamo sopra stigmatizzato, fino ad escluderla. La differenza sta nel fatto che qui la situazione, senza dubbio anomala rispetto ai principi, si può giustificare per il suo carattere transitorio.

In sintesi, il caso che abbiamo chiamato il più semplice – al socio è affidata la gestione - è anche quello più convincente dal punto di vista della coerenza con i principi. Non si tratta nella sostanza dell'affidamento diretto ad una società mista ma dell'affidamento con gara del servizio al socio privato della società. L'Amministrazione pubblica entra nella società per esercitare un controllo dall'interno. Al carattere di affidamento con gara segue che la durata della società coincide con la durata dell'affidamento del servizio, che la società è ad oggetto esclusivo e che a fine gestione

è necessaria una nuova gara, ferma la previsione delle modalità di uscita del socio dalla società.

Nell'altro caso, in seguito a trasformazione della società (da *in house* a mista), il soggetto pubblico continua ad essere gestore, per una parte più o meno rilevante dell'attività. Il modello cambia sostanzialmente da quello esaminato dal Consiglio di Stato (parere della sezione II<sup>42</sup>) e dalla Corte di giustizia (sentenza 15 ottobre 2009, Acoset/ATO Ragusa). La conclusione ne è che con il procedimento di trasformazione in società miste può aversi una sostanziale continuità nella gestione *in house*, con il socio gestore che svolge ruoli minori. Con la conseguenza che la società continuerà ad essere nella sostanza una società pubblica con un socio privato di minoranza<sup>43</sup>. Siamo di fronte ad una fattispecie che è più in armonia con un regime in cui la gestione *in house* è prevista come ordinaria, che con un sistema che – bene o male – considera la gestione *in house* derogatoria ed eccezionale. Soltanto il carattere transitorio della situazione può forse farla considerare accettabile.

Per queste ragioni riteniamo che i mutamenti al decreto legge introdotti in sede di conversione siano da leggere come vie di salvezza o riduzione del danno per le aziende pubbliche, più che come spinte alla *privatizzazione* in danno degli enti locali.

##### 5.5. *La nuova disciplina derogatoria. Quando e come*

Il legislatore del 2009 ha mantenuto la possibilità di avvalersi della forma di gestione *in house*, ma l'ha circondata da cautele piuttosto severe. Questa disciplina si applica ai servizi pubblici locali *innominati* e, per quelli *nominati* (disciplinati dalla legge nazionale) soltanto ai rifiuti, e ai trasporti con le riserve di cui si è detto (si vedrà subito a seguire la diversa disciplina per le risorse idriche).

In deroga alle modalità di affidamento ordinario (comma 2), per situazioni eccezionali (peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento) che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico,

---

<sup>42</sup> Nel caso della SIN il partner privato svolge l'intero servizio tecnologico; nel caso dell'Ato Ragusa il socio privato dovrà svolgere l'intero servizio idrico.

<sup>43</sup> E' nota la giurisprudenza della Corte di Giustizia che considera "inquinante" la presenza di un socio privato anche se scelto con gara nel modello *in house*.

partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione diretta mediante società (comma 3).

L'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

Abbiamo detto che le cautele sono *severe* essenzialmente perché non è prevista semplicemente una motivazione, ma una vera analisi di mercato, con conseguente necessità di dare pubblicità alla richiesta e di indicare i caratteri essenziali del servizio per il quale il Comune cerca un gestore. In sostanza una richiesta di manifestazione di interesse. Si veda in proposito lo schema predisposto dall'AGCM, in cui si chiede tra l'altro che l'ente locale interessato fornisca indicazioni sui principali possibili concorrenti e sulle caratteristiche economiche del settore e conclusivamente una relazione sugli esiti dell'indagine di mercato<sup>44</sup>. Non proprio una gara, ma qualche cosa che gli si avvicina.

E' stato osservato che la previsione è contraddittoria con la rilevanza economica del servizio, in cui l'interesse imprenditoriale per definizione non può mancare. In realtà l'economicità è potenziale, nella concreta situazione l'interesse delle imprese può anche mancare. Si rifletta piuttosto che le condizioni e le caratteristiche economiche, finanziarie e tecniche del servizio sono determinate dall'ente affidante, il quale può configurarle in modo tale da non renderlo appetibile. Di qui l'importanza del controllo da parte dell'Autorità indipendente (Antitrust o altro soggetto indipendente). Da questo

---

<sup>44</sup> L'Ente Locale deve fornire all'Autorità almeno: a) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; b) informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a); c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e; d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione; e) l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria; f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento in-house; g) indicazioni in merito ai principali concorrenti; h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

punto di vista la Comunicazione dell'AGCM con la quale si indicano agli enti locali i dati da fornire per l'emissione del parere non è chiarissima, nel senso che richiede particolarmente informazioni sull'impresa cui l'ente intende conferire il servizio, e più genericamente *sul tipo e valore dei servizi in questione*.

L'aspetto su cui occorre soffermarsi ora è l'estensione dell'applicazione di questo regime. E' emersa infatti ben presto l'esigenza di differenziare i comuni di minori dimensioni, in relazione al modesto interesse economico dei relativi servizi. Nella formulazione iniziale il compito era attribuito alla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella versione definitiva dell'art. 23- bis la competenza è passata al Governo, che la esercita con il regolamento governativo: <<*I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4*>> (comma 4-bis dell'art. 23-bis)..

Lo schema di regolamento esclude la necessità del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento non supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

Al di sotto di tali soglie quali regole si applicano? Non vi sono dubbi che il Comune che si trova nelle condizioni *sotto soglia* e voglia far ricorso ad una società mista o ad un gestore terzo debba rispettare le relative regole, a nulla incidendo in tal caso la sua dimensione o la consistenza economica del servizio.

Se invece vuole gestire *in house* deve giustificare la propria scelta, e in che termini? Deve ugualmente svolgere l'analisi di mercato, posto che non deve più trasmettere la relazione contenente gli esiti dell'analisi di mercato all'AGCM, la quale non deve più rilasciare il parere?

L'alternativa tra motivazione generica o nessuna motivazione da un lato, analisi di mercato dall'altro, non è di scarso peso.

Argomenti di carattere letterale a favore della non applicazione in toto del comma 3 (il parere va chiesto *nei casi di cui al comma 3*; i servizi sotto soglia non rientrano nei casi di cui al comma 3; dunque nulla di quanto contenuto nel comma 3 vincola nei casi sotto soglia) hanno una modesta tenuta. L'espressione *nei casi di cui al*

*comma 3* indica i casi in cui è legittimo il ricorso alla gestione *in house*. Questi casi si hanno quando per ragioni economiche, sociali o ambientali non sia possibile *un efficace ed utile ricorso al mercato*. Se il comma 3 non riguardasse le situazioni sotto soglia, mancherebbe in radice la norma sulla quale fondarsi per far ricorso all'*in house*.

Il Comune che ha meno di 50.000 ab. (per cui la popolazione interessata al servizio sarà pari o inferiore a 50.000) e ha un servizio il cui valore economico è inferiore a euro 200.000,00 utilizza pur sempre una forma di gestione *in deroga*, per *situazioni eccezionali*. Dovrà quindi in ogni caso motivare la scelta, in relazione a quelle situazioni che il legislatore ha assunto come potenzialmente legittimanti. E la motivazione sarà soggetta al controllo del giudice amministrativo, se un giudizio venisse instaurato. Fermo restando, come è evidente, che l'ente interessato non potrà far ricorso ad una qualsiasi forma di gestione diretta, ma dovrà utilizzare la gestione *in house* individuata dalla disciplina comunitaria e confermata dal legislatore italiano.

#### *5.6. La disciplina differenziata a regime per il settore idrico*

Relativamente al servizio idrico integrato il comma 1-ter dell'art. 15 dice che <<*tutte le forme di affidamento del servizio (omissis) di cui al 23-bis (omissis) devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche*>>. Se ne è dedotto che tutti i modelli di gestione contemplati dall'ordinamento generale sarebbero utilizzabili dagli enti competenti, con conseguente piena autonomia degli enti locali, per questo tipo di servizio, nella scelta della forma di gestione ritenuta più adeguata per il territorio (vale a dire anche liberamente l'*in house*). Interpretazione suggestiva, e certo gradita agli amministratori locali, ma ci sembra smentita dal testo. Tutte le forme di affidamento utilizzabili non sono: *tutte quelle contemplate dall'ordinamento generale*, ma soltanto *quelle di cui al 23-bis*, si intende nei termini in cui il 23-bis le disciplina, che per quanto qui interessa non sono mutate dal 2008 al 2009. E i principi di autonomia sono riferiti al soggetto gestore, non all'ente locale, più esattamente è l'autonomia della gestione che si enfatizza, non quella dell'ente locale (di utilizzare vari e possibili modelli di gestione).

Il comma 1-ter ha tutta l'aria di quelle previsioni pompose ma vuote di contenuto normativo con le quali si tenta di pacificare i settori più scontenti delle nuove soluzioni (il settore idrico è appunto quello in cui vi sono le critiche più energiche).

Molto più consistente la "pezza" inserita dal regolamento *in itinere*, che introduce esso sì una disciplina differenziata per il settore idrico: <<Esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione cosiddetta in house non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento:

a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico;

b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento;

c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore;

d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore".

*Nel rendere il parere di cui al comma 1 si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del comma 2 e dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.*

*L'effettivo rispetto delle condizioni di cui al comma 2 è verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2>>.*

Si osserva:

- a fronte di una disciplina regolamentare differenziata per il settore idrico, non esiste nell'art. 23-bis, come modificato dall'art. 15, nessuna autorizzazione legislativa. Il comma 1-ter aggiunto dalla legge di conversione dell'art. 15 afferma che le forme di affidamento del servizio idrico integrato debbono avvenire: a) nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore; b) nel rispetto della piena ed esclusiva proprietà pubblica e del governo pubblico (qualità e prezzo) delle risorse idriche; c)

garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio. Sottolinea quindi le responsabilità della gestione, mette in rilievo caratteri (universalità ed accessibilità) che debbono essere di tutti i servizi pubblici, e che nel settore idrico sono particolarmente rilevanti. Non pone in discussione le modalità dell'affidamento come sopra determinate. Va quindi esaminato se il regolamento ex art. 17, comma 2, della legge 400/1988 sia rimasto nel suo spazio normativo;

- nel prevedere un metodo differenziato per la motivazione della scelta della gestione *in house* (specifiche condizioni di efficienza) si preoccupa di dire che, se quelle condizioni sussistono, non vi è distorsione della concorrenza. L'affermazione dimostra che vi è consapevolezza del problema.

L'argomento *forte* della norma regolamentare: la gestione attuale *in house* sarebbe, ove soddisfatte quelle condizioni, comparativamente non svantaggiosa per i cittadini. Non essendosi fatta la comparazione, la formula adottata significa: non è ragionevole ritenere che un altro competitore (privato) potrebbe gestire meglio di quanto sta facendo il gestore pubblico.

L'argomento è interessante, perché sposta il fulcro (gli interessi tutelati) della normativa in materia di contrattualistica pubblica. E' da tempo che le regole sulla selezione dei contraenti della pubblica amministrazione non sono più dettate nell'interesse dell'amministrazione (con tutte le distorsioni che ne erano derivate). Quelle regole sono ora dettate in modo da consentire che chi è interessato possa concorrere, ad armi pari. L'amministrazione pubblica è tutelata in quanto la competizione per la scelta del miglior contraente si svolga effettivamente ad armi pari.

Nel caso di specie la competizione – com'è evidente – non si svolge. Il regolamento sposta l'interesse, non più l'interesse dell'Amministrazione, ma neanche quello della concorrenza: quello che conta è l'interesse dei cittadini utenti, se l'interesse dei cittadini è tutelato “al meglio” è possibile non applicare le regole di concorrenza.

Il guaio è che l'individuazione di quel “meglio” è compiuta dal legislatore e poi da atti dell'autorità, non avviene attraverso una *procedura* che, per consenso generale (sul metodo) sarebbe la più idonea a farlo emergere.

Una prima conclusione possiamo trarre. La norma regolamentare in esame nega il metodo della competitività. Se è vero che l'applicazione delle regole di concorrenza dovrebbe consentire di selezionare il più efficiente, il fatto che il gestore attuale, che si

intende salvaguardare, sia un gestore efficiente per giudizio normativo/amministrativo non ha nulla a che fare con l'applicazione delle regole di competitività, dato che non lo si può dichiarare il più efficiente.

Le osservazioni che precedono sono complicate dal fatto che l'AGCM – cui spetta il rilascio dei pareri ai sensi dell'art. 23-bis, comma 4 - sembra non avere poteri al riguardo, dovendo prendere atto dell'attestazione dell'ente affidante che sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante dichiara che le condizioni richieste sussistono. Anche se poi l'Autorità può verificare che la situazione (la qualità della gestione) non sia in realtà diversa, dato che sul mancato rispetto delle condizioni di cui al comma 2 può fare segnalazioni e provocare la revoca dell'affidamento e il conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2.

#### *5.7. Le preclusioni a carico degli affidatari diretti e delle società miste*

Il divieto, per le imprese che gestiscono un servizio pubblico locale in forza di affidamento diretto, di competere nel mercato (partecipando a gare nello stesso settore) è stata introdotto per la prima volta dalla revisione 2001 dell'art. 113 del tuel (*<<Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime>>*), art. 35 della legge n. 448/2001, comma 1, sub 113, comma 6). E poi confermato nelle versioni successive dell'articolo. Si noti che il divieto riguarda le gare, non altre attività. Cosicché è normale che una società *in house* svolga diverse attività, direttamente o mediante proprie società, sia nel mercato, sia mediante ulteriori affidamenti diretti (di servizi strumentali all'ente proprietario, ad esempio).

Il decreto legge Bersani (art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. con mod. in l. n. 248/2006) limitatamente alle società strumentali di regioni ed enti locali (costituite o partecipate per rendere servizi allo stesso ente che le controlla o per svolgere funzioni amministrative) vieta non soltanto la partecipazione a gare, anche lo svolgimento di qualsiasi altra attività e la costituzione di società: *<<devono operare esclusivamente con*

*gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti>>.*

Il testo attuale del 23-bis, comma 9, (*<<Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea che, in Italia o all'estero gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica (omissis) non possono acquisire gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente opera per tutta la durata della gestione>>*) ha il merito di una disciplina più precisa e completa rispetto a quella previgente. Se le società dell'art. 13 non possono costituire a loro volta società, quelle del comma 9 – le società *in house* e quelle irregolari che comunque godano di affidamenti senza gara – non possono svolgere ulteriori attività neppure mediante società partecipate.

Nell'un caso e nell'altro, si tratta di evitare che partecipino alle medesime gare e più in generale competano nel medesimo mercato soggetti, che svolgono tutti attività d'impresa, ma alcuni da una situazione di privilegio (non avendo superato nessuna gara per gestire il servizio di cui sono titolari). Il principio di competizione ad armi pari. Secondo l'autorevole interpretazione costituzionale della Corte (sent. 326/2008) l'art. 13 mira ad *<<evitare che un soggetto (la società strumentale), che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione>>*. Ma lo stesso principio vale anche se l'attività esercitata dalla pubblica amministrazione è erogazione di servizi al pubblico in forma di impresa, dovendosi anche in tal caso impedire *<<che soggetti dotati di privilegi (l'affidamento diretto) operino in mercati concorrenziali>>*.

Il divieto di commistione tra attività *in house* ed altre attività riguarda – per le medesime ragioni - anche i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi. L'ipotesi riguarda il caso – consentito dal comma 4 dell'art. 113

del TUEL - della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, mediante *<<oggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano>>*. Presupposto della gestione delle sole reti (e non dell'intero servizio) è che normativamente sia consentita la gestione, appunto, separata (presupposto che non si ha oggi né per i servizi idrici, né per i rifiuti).

Diverso è il caso della gestione ai sensi del comma 2, lettera b), dell'art. 23-bis. Il divieto è il medesimo, la ragione è differente. La società mista non è affidataria diretta, vale a dire senza gara, del servizio, perché la gara si svolge per la selezione del socio e ha per oggetto la gestione del servizio. Il divieto di svolgere ulteriori attività deriva dal fatto che quella società non può avere ad oggetto che quel servizio, per il quale la gara si è svolta. La società è affidataria (il servizio è affidato alla società, non al socio, altrimenti avremmo il caso ordinario della selezione di un gestore terzo), ma chi garantisce la gestione all'interno della società è il socio privato. Quindi la società è anche necessariamente ad oggetto esclusivo.

Se questo è vero nel caso che dovrebbe essere ordinario, le cose cambiano se invece, per effetto della disciplina transitoria o per altre ragioni, all'interno della società i soggetti che gestiscono sono due, come si è spiegato sopra: per cui avremmo una società *in house* con un socio privato. In tal caso si aggiunge un'ulteriore ragione del divieto, quella che si basa sul carattere diretto dell'affidamento.

Le esclusioni dal divieto sono due:

- Le società quotate in mercati regolamentati, destinatarie di una disciplina di favore rispetto agli altri affidatari diretti;
- Il socio privato di una società mista pubblico privato, affidataria diretta ex art. 23-bis, comma 2, lett. b).

Merita soffermarsi su questo secondo caso. L'esclusione non costituisce una deroga, bensì l'applicazione della norma che indica come destinataria dell'affidamento la società mista, e non il socio privato, il quale, avendo dato il proprio contributo finanziario ed organizzativo in quella società, resta libero secondo le proprie possibilità

di dar corso a qualsiasi altra iniziativa economica. Qualche dubbio può sorgere se si configura il modello societario come consortile, in cui inevitabilmente la società del socio diviene affidataria, ma non è questa la sede per approfondire la questione.

#### 5.8. *Le prime gare*

Il divieto di cui sopra non si applica alla prima gara successiva alla conclusione del periodo transitorio, ovunque svolta nel territorio nazionale. Lo dice l'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 23-bis: <<*soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti*>>.

Nella disciplina previgente la possibilità di concorrere riguardava la prima gara per l'affidamento del medesimo servizio svolto dall'affidatario diretto, nello stesso contesto territoriale in cui il gestore aveva operato. E la giurisprudenza giustificava la previsione con la convenienza di non perdere a priori la speciale competenza posseduta da chi quello stesso servizio aveva gestito per anni. Ora la possibilità riguarda l'intero territorio nazionale, con l'unico limite che si tratti dei tipi di servizi che quella società o impresa ha già fornito in passato come affidataria diretta.

La norma tutela un interesse di carattere generale, quello di garantire un numero elevato, o non risicato, di competitori. Si suppone che tale interesse possa essere prevalente rispetto alla violazione delle regole di competizione ad armi pari, intrinseca nella partecipazione alle procedure di gara di soggetti che sono dei *competitors* privilegiati, in ragione degli affidamenti di cui ancora beneficiano in altri contesti territoriali. E che la previsione possa quindi essere considerata non irragionevole.

#### 5.9. *Società in house e società pubbliche*

Le società *in house* sono un tipo particolare di società pubbliche, inserite nell'ambito di un ente locale (o di una regione) in un rapporto di controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni dell'ente. E' noto che si tratta di controllo, ma prima

ancora di indirizzo. Ed è soltanto in ragione di questo particolare controllo che è consentito l'affidamento senza gara a tali società.

Le società pubbliche sono società che appartengono a soggetti pubblici, in ipotesi ad enti locali, e che in quanto tali non godono di privilegi né patiscono discriminazioni.

Le società in mano a soggetti pubblici, anche ad enti locali, possono (al di fuori del caso esaminato al paragrafo precedente) partecipare alle gare per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali? Certamente sì, sia che la proprietà sia interamente pubblica, comunale o provinciale, sia che vi siano soci privati. Si tratta, com'è evidente di una situazione affatto diversa da quella contemplata nei commi 2, lett. b), e 3 dell'art. 23-bis. Le imprese pubbliche (o miste) possono competere anche in questo tipo di gare come qualsiasi altra impresa.

Ora lo schema di regolamento all'art. 3, comma 2, si premura di aggiungere che le società <<*a capitale interamente pubblico*>> possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'art. 23-bis, comma 2, lett. a) <<*sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge*>>. Si intende forse fugare il dubbio che la società a capitale interamente pubblico non possa in quanto tale partecipare a gare, ma lo possono anche le società il cui capitale non è interamente pubblico, a condizione che non godano di regimi privilegiati.

Non consta di specifici divieti previsti dalla legge. Piuttosto va ricordato che il legislatore ha recentemente tentato di limitare la proliferazione societaria<sup>45</sup>, consentendo soltanto le società che producono servizi strettamente necessari e quelle che producono servizi di interesse generale. Se queste ultime sono le società *in house* di cui l'ente locale si serve per garantire l'erogazione del servizio, potrebbe sorgere il dubbio che non siano ammesse (almeno in teoria) società che siano invece destinate a competere nel mercato dei servizi pubblici (nelle gare per l'affidamento di quei servizi)<sup>46</sup>. Fin qui erano società proliferate da società *in house*, in futuro non dovrebbe più avvenire.

---

<sup>45</sup> Art. 3 legge 244/07 (Fin 2008), comma 27. Le p.a. (tutte) non possono costituire società di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie. E' sempre ammessa la costituzione di società - che producono servizi di interesse generale; - che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale.

<sup>46</sup> Si pone un interrogativo cui sarebbe troppo lungo qui tentare di rispondere: a quale interesse pubblico corrisponde la decisione da parte di un ente locale di costituire un'impresa per operare in un qualsiasi mercato? O la differenza sta nel fatto che il mercato in questione sia quello delle utilities?

### 5.10. *La disciplina delle gare*

E' un aspetto in cui la normativa è sempre stata carente. La disciplina generale è fornita dal Codice appalti, che peraltro dichiara di non applicarsi alle concessioni di servizi, salvo il rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (art. 30, comma 3): trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. E salva la prevalenza di discipline specifiche che prevedano forme più ampie di tutela della concorrenza. L'art. 23-bis non si sofferma sulla disciplina delle gare (per il gestore terzo e per il socio), ma dà mandato al regolamento (comma 10, lett. h), il quale introduce alcune norme applicabili in via generale, all'art. 3, comma 3, per il gestore terzo, all'art. 3, comma 4, per il gestore socio, che prescrivono i contenuti dei bandi di gara o delle lettere di invito, ammettendo così implicitamente sia la procedura aperta, sia la procedura ristretta.

Secondo il comma 3, il bando o la lettera di invito:

- a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
- b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
- c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;
- d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di

un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'articolo 10, comma 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'articolo 10, comma 2.

Si tratta di contenuti essenziali, molti opportuni, qualcuno discutibile (nella durata commisurata agli ammortamenti), certo non esaustivi. Non è questa la sede per una valutazione approfondita, ma si può già affermare che una disciplina generale delle gare non toglie che servano discipline differenziate per settore.

Secondo il comma 4, il bando o la lettera di invito prevede che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

I contenuti essenziali sono stati così opportunamente previsti. Si comprende che la durata della società non può superare la durata dell'affidamento, e che sono quindi necessarie e preventivamente definite le regole per l'uscita del socio dalla società. Di particolare interesse i criteri di valutazione (lett. a), la cui funzione è di garantire che effettivamente si tratti di una procedura equivalente alla gara per l'affidamento a terzi (ci perdonerete se siamo un po' scettici). Colpisce allora che si sia aggiunto – su un requisito così essenziale – l'espressione *di norma*. Non sia mai detto che si sia troppo severi e rigidi. Siamo italiani.

