

La nuova disciplina dei servizi pubblici locali delineata dal Decreto Legge c.d. Salvainfrazioni come modificato in sede di conversione al Senato

Avv. Maria Francesca Mattei

Dirigente responsabile staff di servizio Studi Giuridici di ANAS S.p.A.

Indice

1	Premessa	2
2	La disciplina normativa previgente.....	2
3	La nuova disciplina dettata dal D.L. n. 135/09.....	4
3.1	<i>Ambito di applicazione.....</i>	4
3.2	<i>Affidamenti diretti a società miste</i>	5
3.3	<i>Affidamenti c.d. in house.....</i>	7
3.4	<i>La disciplina del periodo transitorio</i>	9
3.5	<i>Gestione di servizi ulteriori in ambiti territoriali diversi</i>	11
3.6	<i>Regolamento di attuazione.....</i>	12

**Allegato: testo dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, come risultante a seguito degli emendamenti
al D.L. 135/2009, art. 15, approvati dal Senato della Repubblica**

1 Premessa

Le legge di conversione del decreto legge 25 settembre 2009 n. 135, varato al Consiglio dei Ministri per l'attuazione di obblighi comunitari e di sentenze della Corte di giustizia, dopo essere stata approvata con modificazioni al Senato (AS 1784), è attualmente in fase di esame alla Camera dei Deputati.

Come noto, tale provvedimento contiene alcune significative modifiche della disciplina della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale.

In particolare, l'art. 15 del decreto modifica **l'articolo 23 bis del decreto-legge 112/2008** (il cosiddetto decreto Brunetta) in tema di affidamento dei servizi pubblici nelle norme che riguardano gli affidamenti diretti a società mista pubblica-privata e quelli cosiddetti in house.

Le modifiche apportate si sono rese necessarie – come risulta dal comunicato stampa del Ministro della pubblica amministrazione Renato Brunetta – per superare diversi profili di criticità sollevati dalla precedente disciplina anche a causa della non rispondenza della stessa alle direttive comunitarie.

Di seguito si procederà ad esaminare i principali contenuti del decreto legge, evidenziando di volta in volta le modifiche allo stesso che sono state introdotte in sede di esame al Senato.

2 La disciplina normativa previgente

Sul piano nazionale, la disciplina in tema di servizi a rilevanza economica era originariamente contenuta **nell'articolo 113 del Dlgs 18 agosto 2000, n. 267**.

Tale disposizione, dopo aver fissato il principio della separazione tra proprietà della rete e degli impianti (di norma) riservata all'ente locale e l'erogazione del servizio affidata, invece, a soggetti terzi, aveva previsto che l'affidamento dell'erogazione del servizio potesse avvenire secondo tre modalità:

1. a favore di società di capitali, individuate attraverso procedure a evidenza pubblica;
2. in via diretta a favore di società miste, nelle quali il socio privato sia scelto con procedura a evidenza pubblica;
3. in via diretta a favore di società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente pubblico o 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.

I maggiori dubbi applicativi si sono manifestati con riferimento all'ipotesi sub 3), in quanto la disposizione, pur recependo nell'ordinamento nazionale il modello del c.d. in house providing, non chiariva i casi in cui poter ricorrere a tale forma di gestione, senza peraltro evidenziare il carattere dell'eccezionalità dell'affidamento diretto.

Questa disciplina generale era affiancata da discipline settoriali (ad esempio, in materia di servizi idriche, distribuzione del gas ecc.).

Sia la disciplina generale che quelle specifiche di settore sono state poi, in parte, superate dall'articolo 23 – bis della legge 133/2008, che ha introdotto nell'ordinamento nazionale una nuova disciplina generale per i servizi pubblici locali, diretta a prevalere sia sulle norme dell'articolo 113 con essa incompatibili che sulle normative di settore.

In virtù di tale disposizione, i servizi pubblici potevano essere affidati:

- 1 attraverso procedure a evidenza pubblica, a favore di imprenditori o di società (in qualunque forma costituite), secondo i principi comunitari in tema di contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza ecc.);
- 2 in deroga alle procedure a evidenza pubblica, esclusivamente in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non consentono un utile ricorso al mercato, ma pur sempre nel rispetto dei principi del Trattato europeo.

In sostanza, l'affidamento in house, oltre al necessario rispetto dei vincoli del “*controllo analogo*” e dell’ “*attività prevalente*”, fissati dalla giurisprudenza comunitaria, e peraltro, non oggetto di esplicita indicazione della norma, era ulteriormente subordinata alla ricorrenza di determinate condizioni sostanziali, così come al rispetto di vincoli procedurali necessari ad attestare la ricorrenza di tali situazioni.

Occorreva, infatti, che l'ente affidante:

- i) fornisse una adeguata pubblicità della scelta di ricorrere all'in house, motivandola sulla base di una analisi di mercato;
- ii) trasmettesse una relazione contenente gli esiti della predetta analisi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle eventuali autorità di regolazione del settore, chiamate entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione, a esprimere un parere sulla legittimità dell'affidamento in house.

Va detto peraltro che tale disciplina, pur considerando l'affidamento senza procedura a evidenza pubblica come una modalità derogatoria di affidamento, non aveva fornito agli enti affidanti indici rilevanti idonei a orientare alla scelta di una modalità anziché un'altra; rinviando la definizione di molti aspetti della disciplina a uno o più *emanandi* regolamenti.

Rimaneva, inoltre, il dubbio rilevante della perdurante legittimità del ricorso alle società miste non oggetto di alcuna menzione del corpo della norma.

Per quanto attiene allo svolgimento del servizio *extra moenia*, la disciplina prevedeva alcune preclusioni per i soggetti che, avessero ottenuto la gestione di servizi ovvero delle reti e degli impianti, al di fuori delle corrette dinamiche di mercato. Questi non potevano acquisire la gestione di servizi ulteriori anche in ambiti territoriali diversi né svolgere servizi o attività né partecipare alle gare per altri enti pubblici o privati.

Tale divieto, diretto a evitare asimmetrie concorrenziali, era, tra l'altro, esteso sia alle società controllanti che a quelle controllate o partecipate.

In merito al regime transitorio, mentre per la disciplina generale veniva operato un espresso rinvio a un emanando regolamento di attuazione dell'articolo 23 - bis, in relazione al settore del servizio idrico integrato era disposta la cessione degli affidamenti non conformi alle nuove disposizioni entro il 31 dicembre 2010.

Le prescrizioni dell'articolo 23 – bis avevano, inoltre, prevalenza sulle normative di settore (a eccezione della distribuzione di gas naturale); comportando, altresì, l'abrogazione delle disposizioni dell'articolo 113 Dlgs 267/2000 con esse incompatibili.

3 La nuova disciplina dettata dal D.L. n. 135/09

3.1 *Ambito di applicazione*

La nuova disciplina ha un ambito di applicazione generale e prevalente sulle relative discipline di settore incompatibili con essa. Da tale applicazione generale si sottraggono, in virtù di quanto previsto dal comma 1, il servizio distribuzione gas, peraltro già previsto nella precedente disciplina, nonché i settori della distribuzione dell'energia elettrica (D.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 e L. 23 agosto 2004 n. 239) e del trasporto ferroviario regionale (D.lgs. 19 novembre 1997 n. 422).

In sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato, è stato altresì aggiunta un'ulteriore ipotesi di esclusione, avuto riguardo alle disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, che continueranno, quindi, ad avere un regime proprio.

La nuova regolamentazione dovrebbe quindi riguardare solo la gestione dei rifiuti urbani, il trasporto pubblico locale (diverso dal trasporto regionale ferroviario) nonché le risorse idriche e talune attività di minor incidenza economica come l'illuminazione pubblica e la gestione di parcheggi comunali, comunque caratterizzati da un sistema di concessione di servizio con trasferimento del rischio di gestione e "corrispettivo" per la gestione da parte del cittadino-utente (cfr. art. 117, D.Lgs., n. 267/2000 e s.m.i.). A tale riguardo è stato rilevato come l'ampliamento delle ipotesi di esclusione effettuato dall'articolo in esame rischia di mettere in discussione uno dei presupposti fondamentali assunti l'anno scorso per l'emanazione dell'art. 23-bis, ovvero la ravvisata esigenza di una disciplina unitaria come cornice di riferimento per tutti i servizi pubblici locali¹.

3.2 *Affidamenti diretti a società miste*

Tale forma di gestione aveva suscitato – nella vigenza della previgente disciplina - ampi dibattiti in quanto non era chiaro se la stessa dovesse ritenersi una forma ordinaria di affidamento o se, al contrario, doveva considerarsi derogatoria (come l'affidamento c.d. in house) sul presupposto che l'unica forma normale fosse la procedura ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione.

Con le nuove norme (comma 2), si chiarisce che l'affidamento a società mista pubblica privata rappresenta una forma ordinaria di gestione (al pari dell'affidamento tramite gara a imprenditori o società in qualunque forma costituite) a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento².

In proposito preme evidenziare come in sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato, il riferimento all'attribuzione al socio privato "*dei compiti operativi*" sia stato sostituito con

¹ In questo senso si è espressa Confindustria nell'ambito dell'audizione sul D.L. n. 135/2009 "Art. 15: adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica" svoltasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato lo scorso 21 ottobre 2009.

² Con riferimento a tale profilo, Confindustria, nell'ambito dell'audizione sul D.L. n. 135/2009 "Art. 15: adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica" svoltasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato lo scorso 21 ottobre 2009 ha avuto modo di rilevare come: "La fissazione di una quota privata non inferiore al 40% del capitale sociale rafforza il concetto di base, secondo il quale con la selezione del partner privato si intende individuare il vero motore dell'impresa, il soggetto cui demandare la gestione dell'azienda e la responsabilità dei risultati conseguiti in termini di efficienza e di efficacia aziendale, residuando in capo alla parte pubblica un compito di mero controllo interno dell'operato del "socio industriale".

l'espressione "di specifici compiti operativi"³. In sede di primo commento all'emendamento in questione⁴ è stato rilevato come lo stesso sia fonte di ambiguità, in quanto, mentre secondo il decreto originario la gestione della società mista doveva essere affidata al socio privato, ora l'introduzione del termine "specifici" potrebbe essere interpretato nel senso di consentire di affidare al socio privato solo alcuni compiti e non l'intera gestione sociale.

Con riferimento alle condizioni sopra indicate, la norma recepisce i principi già affermati a livello comunitario⁵ e nazionale⁶.

A tale proposito, nel comunicato stampa del Ministro Brunetta si sottolinea che gli affidamenti alle società miste "vengono equiparati agli affidamenti effettuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, ma a ben precise condizioni. Il soggetto privato, che fa parte della società mista, deve avere una partecipazione societaria non inferiore al 40% e deve essere stato selezionato come socio attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato europeo e dei principi generali relativi ai contratti pubblici".

Il ministro aggiunge che, "inoltre, queste procedure competitive debbono selezionare il socio già in funzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio: si tratta, dunque, sostanzialmente, di un'anticipazione della gara ad una fase antecedente all'affidamento del servizio".

Come ha evidenziato in proposito il Ministro per i rapporti con le regioni Raffaele Fitto, "l'affidamento a società miste pubbliche e private, mediante procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio operativo (cosiddetta 'gara a doppio oggetto'), rientra tra le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, in linea con la comunicazione

³ Al riguardo preme rilevare che tale modifica recepisce le osservazioni formulate dall'Unione Province italiane nell'ambito dell'audizione informale "Esame articolo 15 recante adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica" svoltasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato lo scorso 21 ottobre 2009. In tale sede, infatti, si erano espressi dubbi "circa l'affidamento al privato dell'universalità dei compiti operativi della costituenda società poiché ciò vanificherebbe l'interesse primario all'ingresso di privati con specifiche competenze nella gestione dei servizi affidati e cioè l'acquisizione di know-how tecnico privato specializzato".

⁴ cfr. G. Santilli, "Si alla riforma dei servizi locali" in Il Sole 24 Ore del 5.11.09, pag. 7.

⁵ Cfr. comunicazione interpretativa della Commissione UE del 5.2.2008 Com/2007/6661; conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia Europea del 2/6/2009 n. C-196/98.

⁶ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 3 marzo 2008, n. 1; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 16 marzo 2009 n. 1555 e ancor prima Consiglio di Stato, sezione II, parere n. 457/2006 nel quale si afferma che l'ente locale può limitarsi ad espletare solo la gara pubblica per la ricerca del socio, a condizione che vi sia una sostanziale equiparazione tra quest'ultima e la gara per l'affidamento del servizio pubblico, nel senso che il partner privato verrebbe a configurarsi come un socio industriale od operativo il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso.

Si segnala, tuttavia, che in senso opposto si era ad esempio espresso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Sicilia, che in due pronunce aveva ravvisato la necessità di espletare entrambe le gare (cfr. CgA sentenza n. 589/2006 e n. 719/2007).

interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008, prevedendo, contestualmente, che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento". "La previsione di una partecipazione del socio privato al capitale non inferiore al 40% - ha proseguito il Ministro - impone nei fatti un ruolo del privato nella gestione della società mista che incentiva l'efficienza.

In sede di primo commento alla norma⁷ è stato evidenziato come l'aver richiesto una partecipazione del socio privato non inferiore al 40% del capitale sociale consolida la logica di fondo sottesa al partenariato pubblico-privato secondo cui il socio privato è l'attore principale della gestione sociale e costituisce il vero propulsore per il conseguimento di positivi risultati imprenditoriali.

3.3 Affidamenti c.d. in house

Per quanto concerne gli affidamenti in house, il comma 3 ne riduce ulteriormente l'ambito di applicazione rispetto alla previgente normativa.

Esso viene espressamente definito come modalità di affidamento espressamente definita come "straordinaria", rispetto alle modalità ordinarie costituite dagli affidamenti mediante gara e da quelli a società mista e ciò solo quando per ragioni economiche, sociali o ambientali non sia efficace il ricorso al mercato. Al ricorrere di tali condizioni, l'affidamento potrà avvenire soltanto nei confronti di una società a capitale interamente pubblico e in presenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario, che vengono espressamente richiamati: (i) sussistenza di un controllo sulla società da parte dell'ente affidante, analogo a quello che l'ente esercita al proprio interno e (ii) prevalenza del servizio svolto per conto dell'ente affidante rispetto ad eventuali altre attività della società affidataria⁸.

Rispetto alla formulazione precedente della norma in cui si parlava solo di forme rispettose della disciplina comunitaria, la nuova previsione richiama espressamente la forma della gestione cd. in house e richiama sempre in via espressa due dei tre requisiti richiesti alle società in house (capitale interamente pubblico, controllo analogo, prevalenza dell'attività svolta con l'ente che la controlla), concetti che invece prima non risultano esplicitati.

La norma ha, in ogni caso, evitato di definire in via preventiva e tassativa le condizioni in presenza delle quali è ipotizzabile l'affidamento in house, effettuando un rinvio "mobile" ai principi comunitari, secondo la configurazione che gli stessi assumeranno in base all'evoluzione giurisprudenziale in materia.

⁷ G.Palliggiano, *Commento al Decreto legge n. 135/09* in Guida al Diritto, n. 41/09.

⁸ Cfr. da ultimo Corte di Giustizia, sezione III, sentenza 10.9.2009 nella causa C-573/07.

Il successivo comma 4 stabilisce che per finalità di trasparenza e di controllo esterno, gli enti dovranno dare adeguata pubblicità ai casi di ricorso all'in house e, per gli affidamenti che superino una soglia stabilita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dovranno anche trasmettere una relazione a questa stessa Autorità, per l'espressione di un parere preventivo. Decorso il termine di 60 giorni per la redazione del parere, senza che sia intervenuta una pronuncia dell'Autorità, il silenzio verrà inteso quale assenso⁹.

In proposito, si segnala l'eliminazione del richiamo alle autorità di regolazione del settore che avrebbero dovuto esprimersi sulla scelta dell'in house in aggiunta al parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato.

Ne consegue come la nuova disciplina elimini alla radice la possibilità di potenziali sovrapposizioni di competenze cui la precedente formulazione poteva dar luogo nella misura in cui disponeva che le analisi di mercato effettuate dagli Enti locali dovessero essere inviate sia all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che alle "Autorità di regolazione del settore, ove costituite", per l'espressione di "un parere sui profili di competenza"¹⁰.

Ciò comporta una semplificazione della procedura; basti ricordare che per le aziende del settore idrico l'autorità di vigilanza sui contratti pubblici aveva avviato una propria indagine giungendo a conclusioni favorevoli alle società circa la sussistenza dei requisiti in house, in contrasto con il parere dell'Antitrust.

Sotto un diverso profilo, si rileva come dai pareri espressi dall'Autorità nel corso dell'ultimo anno in merito al ricorrere delle condizioni per la qualificazione dell'affidamento in termini di in house, sia emersa l'estrema difficoltà di dare concreta attuazione a tale forma di gestione. Infatti, le istruttorie portate a termine dall'Autorità si sono pressoché tutte concluse con pareri negativi, a dimostrazione del rigore con il quale viene interpretata la norma.

Nel decreto era stata, inoltre, inserita la previsione secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

⁹ Al riguardo, in sede di primo commento alla norma (cfr. M. Famiglietti e D.Galli, *Servizi locali, nelle spa miste almeno il 40% del capitale va al privato scelto con gara*, in *Edilizia e Territorio*, n. 38/09), è stato rilevato come la stessa comporti una deroga all'art. 16 della L. n. 241/90 che non prevede il silenzio assenso quale conseguenza della mancata emanazione, nei termini previsti dalla legge – dei pareri da parte degli organi consultivi.

¹⁰ In questo senso L. Alla, *Modificata la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135* in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

Coerentemente con tale previsione, il comma 2 dell'articolo 15 del decreto legge 135/2009, dispone l'abrogazione del riferimento contenuto nell'articolo 9 bis, comma 6, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77 che, istituendo la Commissione per la vigilanza sulle risorse e prevedendo il relativo subentro nelle funzioni e competenze del Comitato per la vigilanza sulle risorse idriche (Coviri), aveva attribuito alla neo istituita Commissione nazionale il compito di esprimere "il parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133".

Probabilmente verranno individuate soglie assai ridotte, tali cioè da non sollecitare in alcun modo la concorrenza.

Occorre, tuttavia sottolineare che in sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato, il riferimento alla delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato è stato sostituito con un rinvio ai regolamenti attuativi di cui al comma 10.

3.4 La disciplina del periodo transitorio

Il comma 8 detta poi le norme relative al regime transitorio degli affidamenti¹¹ sintetizzabile come segue:

- **scadenza prevista dal contratto di servizio** per le società miste qualora sia stato scelto con gara il socio privato e siano stati attribuiti nel contempo i compiti operativi al socio stesso con la stessa gara e per le società quotate e loro controllate con partecipazione di soci privati ridotta al 30% o inferiore;
- **31 dicembre 2011** gestioni in house esistenti alla data del 22 agosto 2008 anche se conformi ai principi comunitari e società miste che non abbiano affidato la gestione del servizio (vale a dire in caso di gare non aventi il c.d. doppio oggetto, per tale intendendosi la scelta del socio e l'attribuzione allo stesso dei compiti operativi connessi con la gestione del servizio) in occasione della gara per la scelta del socio privato.

Al riguardo si precisa che in sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato è stata inserita la precisazione che le gestioni in house possono proseguire fino alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2 (vale a dire quelle previste per l'affidamento della gestione a società miste). In base al citato emendamento, quindi, gli enti locali possono mantenere in capo all'attuale soggetto affidatario la gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica nell'arco di durata previsto nel contratto di servizio ma devono mutare la natura stessa della società, trasformandole da società interamente pubbliche in

¹¹ La scelta di disciplinare nell'ambito della normazione primaria la regolamentazione del periodo transitorio, piuttosto che rinviare la stessa alla fonte secondaria del regolamento attuativo è stata accolta con favore anche da Confindustria, nell'ambito dell'audizione sul D.L. n. 135/2009 "Art. 15: adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica" svoltasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato lo scorso 21 ottobre 2009.

soggetti misti. In tale ottica la gara per la cessione del 40% del capitale deve avere ad oggetto, al contempo, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi¹².

- **31 dicembre 2012** società quotate in Borsa al 1 ottobre 2003 e loro controllate per affidamenti diretti assentiti alla stessa data salvo che la partecipazione pubblica non venga ridotta ad una quota del 30% o inferiore, nel quale vale la scadenza del contratto di servizio¹³.

Al riguardo preme precisare che in sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato il riferimento alla quota del 30% o inferiore è stato sostituito con quello *“ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015”*, precisando altresì che *“ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015”*. Ne consegue che per il tramite dell'emendamento sopra illustrato è stato attenuato notevolmente l'impatto della riforma, eliminando il riferimento al termine unico del 31.12.2012 originariamente previsto

¹²A. Barbiero, *Affidamenti in house salvi con la cessione del 40%*, in Il Sole 24 Ore del 9.11.09, il quale ha evidenziato alcune criticità applicative derivanti dalla nuova norma: 1) nel caso in cui la società risulti affidataria di più servizi (multi-service), il socio privato dovrebbe essere in grado di operare nei vari ambiti; 2) in ogni caso la gestione in essere può essere conservata non oltre la scadenza iniziale prevista nel contratto di servizi, con la conseguenza che il socio privato dovrà essere messo in condizioni di valutare la convenienza dell'operazione.

¹³ Per quanto riguarda gli affidamenti diretti alle imprese quotate in Borsa, il Ministro per i rapporti con le regioni Raffaele Fitto ha sottolineato come con la disciplina in questione *“viene contemperato l'interesse ad una maggiore concorrenza a quello della tutela del risparmio, disponendosi una riduzione della partecipazione pubblica tale da valorizzare il ruolo degli investitori privati e delle fondazioni dai quali potrebbe giungere un prezioso contributo di capitali, come auspicato dalla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato”*.

In sede di primo commento alla norma, non si possono tuttavia tacere le perplessità sollevate da Confindustria (nell'ambito dell'audizione sul D.L. n. 135/2009 *“Art. 15: adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica”* svoltasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato lo scorso 21 ottobre 2009) circa il periodo transitorio per gli affidamenti diretti a società pubbliche quotate in borsa. In particolare è stato rilevato che: i) si tratta comunque di affidamenti effettuati in modo difforme dalle procedure competitive previste dalla nuova normativa; ii) appare contraddittorio il fatto che tanto più la società diviene privata a tutti gli effetti (tramite riduzione della partecipazione pubblica), tanto più le si garantisce una condizione di monopolio non contendibile sul proprio affidamento. A tale ultimo riguardo si ricorda che il diritto comunitario esclude la legittimità di affidamenti diretti a società caratterizzate dalla presenza di capitale privato, in quanto la presenza di capitale privato esclude alla radice che si possa ravvisare quel requisito essenziale dell'in house costituito dal “controllo analogo” (cfr. sentenza Corte di Giustizia Europea del 11/1/2005, causa C-26/03, Stad Halle e RPL Lochau; sentenza CGE 21/7/2005, causa C-231/03, Coname).

In tale ottica alcune delle associate di Confindustria hanno ventilato l'ipotesi di un ricorso alla Commissione Europea se la disciplina di favore per le quotate dovesse permanere, sul presupposto dell'illegittimità sotto il profilo comunitario di una nuova legge che: a) assicuri la persistenza degli affidamenti diretti (in house) fino alla scadenza dei contratti di servizio (se esistenti), per lo più di lunga o lunghissima durata, subordinando tale condizione ad un processo di privatizzazione parziale, cioè accentuando l'aspetto di illegittimità determinato dalla presenza di capitale privato incompatibile con la nozione di in house. B) consenta a tali società, pur mantenendo (illegittimamente, come visto sopra) tutti gli affidamenti diretti (in house o presunti tali) in essere, di non essere neanche tenute ad operare con il criterio della esclusività o della prevalenza rispetto agli enti pubblici locali che ne hanno, singolarmente o congiuntamente, il “controllo” (presunto o reale), in quanto per tali imprese è espressamente previsto che possano partecipare a gare e acquisire nuovi servizi (nuovo comma 9, art. 23-bis).

dall'art. 15 del decreto Ronchi e consentendo un'ottimizzazione delle strategie per la dismissione delle quote¹⁴.

- **31 dicembre 2010** in tutti gli altri casi (comprese le gestioni in house difformi dai principi comunitari), senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Al riguardo non si può escludere il rischio che – nonostante la chiarezza della disciplina transitoria – vengano posti in essere tentativi di aggiramento, ad esempio mediante l'adeguamento “successivo” alle condizioni richieste, per avvalersi della maggiore durata o della scadenza naturale del rapporto¹⁵.

Inoltre, la nuova disciplina del periodo transitorio che prevede la cessazione anticipata di molti affidamenti potrebbe suscitare contestazioni da parte degli attuali gestori dei servizi (in particolare del socio privato se scelto con gara), che potrebbero invocare sia le norme civilistiche in tema di vincolatività del contratto tra le parti (art. 1372 c.c.) sia le norme sul procedimento amministrativo, che sanciscono il diritto dell'affidatario uscente ad un equo indennizzo in caso di revoca anticipata del rapporto concessorio (art. 21 quinquies della L. n. 241/90)¹⁶.

Tale problematica, in realtà, si era già posta in occasione dell'emanazione della disciplina transitoria dell'art. 35 della Legge Finanziaria per il 2002. In quella occasione la Corte costituzionale aveva risolto la questione affermando che l'introduzione di una nuova disciplina conforme ai principi di concorrenza getta una luce negativa sulla disciplina precedente, che di quei principi non era rispettosa. In altri termini, a fronte di una nuova disciplina di carattere generale, che tutela un interesse prevalente rispetto a quello del privato, quest'ultimo non può invocare il proprio affidamento in quella disciplina che non era conforme a principi costituzionali¹⁷.

3.5 Gestione di servizi ulteriori in ambiti territoriali diversi

Al comma 9 è previsto per le società e loro controllate o controllanti che gestiscono servizi pubblici locali in affidamento diretto il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori in ambiti territoriali diversi o svolgere servizi ed attività per altri enti pubblici e privati.

Rispetto alla precedente formulazione della norma, sono state comprese nel divieto in parola anche le società non appartenenti a stati membri dell'UE mentre sono state escluse le società quotate.

¹⁴ A. Barbiero, *Affidamenti in house salvi con la cessione del 40%*, in *Il Sole 24 Ore* del 9.11.09,

¹⁵ In questo senso A. Vigneri, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del D.L. n. 135/09* in www.astrid-online.it

¹⁶ In questo senso F. Cintioli, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Atti del Convegno IGI “Le novità legislative dell'autunno” del 21.10.09

¹⁷ M. Sebastiani, *I servizi pubblici locali: lavori in corso?*

Per quanto riguarda, invece, le società miste “regolari”, la formulazione originaria del decreto aveva ricompreso anche tale categoria di affidamento nell’ambito del divieto¹⁸, ma in sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato, ha correttamente eliminato tale riferimento.

Per tutte le società è possibile concorrere alla prima gara per l’affidamento dello specifico servizio già a loro affidato. Si evidenzia in proposito che in sede di conversione del provvedimento in oggetto al Senato è stata inserita la previsione secondo cui: *“I 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”*¹⁹.

3.6 Regolamento di attuazione

Al comma 10 viene confermata la delega al Governo di emanare uno o più regolamenti, che, insieme ad aspetti specifici, dovranno disciplinare i seguenti profili:

- limitare i casi di gestione in regime d’esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche;
- individuare le norme applicabili in via generale per l’affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas nonché in materia di acqua;
- prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina delle incompatibilità.

Rispetto ai contenuti originari del regolamento che era previsto dalla precedente versione dell’art. 23 bis, il nuovo testo contiene alcune significative differenze e precisamente:

- termine differito al 31 dicembre 2009 (praticamente un anno dopo quello originario);

¹⁸ Con riferimento a tale profilo sono state sollevate (cfr. ANCI – *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali alla luce delle recenti modifiche normative introdotte dal decreto legge n. 135 del 25.9.09*) alcune perplessità visto che il socio privato potrebbe non avere interesse a partecipare ad una gara per l’affidamento di un servizio di cui assumerebbe tutti i compiti operativi e una partecipazione azionaria che può essere anche del 90%, se poi non può partecipare a gare per ulteriori ambiti territoriali e servizi in base ai divieti previsti dal riformulato comma 9, in quanto considerato affidatario diretto.

Peraltro, come evidenziato dai primi commentatori della norma (cfr. G.Palligiano, *“Commento al Decreto legge n. 135/09”* in Guida al Diritto, n. 41/09), la limitazione in oggetto si giustifica solo nei casi di affidamento diretto vista la necessità di non attribuire alla società mista un indebito vantaggio ma non nel caso in cui la società mista sia sorta in esito ad un confronto competitivo avente ad oggetto non solo il possesso di specifici requisiti finanziari ma anche il piano di gestione industriale e commerciale.

¹⁹ In sede di primo commento all’emendamento in questione (cfr. G. Santilli, *“Si alla riforma dei servizi locali”* in Il Sole 24 Ore del 5.11.09) è stato evidenziato come lo stesso suscita alcune perplessità, in quanto sembra consentire “comunque” anche ad un monopolista pubblico, che risulta affidatario senza gara e senza nessun confronto sui costi e la qualità del servizio, di partecipare alla gara per il servizio futuro senza che sia espressamente richiesto il possesso per tale soggetto dei requisiti generali imposti dalla stessa riforma come la trasformazione in spa ed il tetto di partecipazione pubblica. Il rischio di frenare l’effetto della riforma è accresciuto dal fatto che in passato si è spesso verificato, soprattutto nell’ambito del trasporto locale, che alle gare partecipasse solo il gestore attuale dei servizi.

- sostituzione del termine “*affidatari diretti*” con quello “*affidatari in house*”;
- eliminazione della lettera c) relativa all’allineamento delle scadenze in essere.

ALLEGATO

Art. 23-bis del D.L. 112/2008, come risultante a seguito degli emendamenti al D.L. 135/2009, art. 15, approvati dal Senato.

1 Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la piu' ampia diffusione dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonche' di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalita' ed accessibilita' dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarieta', proporzionalita' e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e della legge 23 agosto 2004 n. 239 in materia di distribuzione di energia elettrica, **le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, relativamente alla gestione delle farmacie comunali**, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 422 relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.

Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati **entro il 31 dicembre 2012** dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a), a favore di imprenditori o di societa' in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunita' europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicita', efficacia, imparzialita', trasparenza, adeguata pubblicita', non discriminazione, parita' di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalita'.

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) del presente comma, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e **l'attribuzione dei di specifici compiti operativi** connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento puo' avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house e comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al 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, s da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

4 bis. 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.

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di in house cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. **Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2.**

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali **ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;**

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere precedenti cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

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 ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché 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, non possono acquisire la 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 e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I 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.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009 sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 , e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 , al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8 e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione , che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

~~e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;~~

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) 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;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi; m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

* * * * *

Nuovi commi introdotti all'art. 15 del D.L. n. 135/2009

1-bis. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 23-bis, comma 8, lettera e), del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, nelle regioni a Statuto speciale e nelle province autonome di Trento e Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61

della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

2-bis. All'articolo 195, comma 2, lettera *e*), secondo periodo del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 le parole: »diciotto mesi« sono sostituite dalle seguenti: "due anni".

2-ter. All'articolo 6, comma 1, lettera *p*), del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36, le parole: "31 dicembre 2009" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2010".

2-quater. All'articolo 8-*sexies*, comma 2, terzo periodo del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 208 convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13, la parola: "centoventi" è sostituita dalla seguente: "duecentodieci".