

## LA NUOVA DISCIPLINA DI RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Nell'ambito della manovra economica triennale del Governo per la stabilizzazione dei conti pubblici ed il rilancio dell'economia (legge n. 133/08), è stata approvata anche la nuova disciplina sui servizi pubblici locali, sostitutiva, tra l'altro, delle disposizioni contenute all'art. 113 del T.U. sugli Enti locali n. 267/00 e sm.i..

1. Il comma 1 dell'art. 23 bis L. 133/08 definisce il proprio ambito di applicazione con riferimento ai servizi pubblici di rilevanza economica, locuzione questa più ampia del termine "industriale", già utilizzato dall'art. 113 del d.lgs. 267/00 e poi "rimosso" per accogliere uno specifico rilievo della Commissione CE che, correttamente, ha evidenziato che debbono essere sottoposti a concorrenza tutti i servizi, anche non meramente industriali, suscettibili di valutazione economica.

Quindi, sul punto, si tratterà di comprendere quando un servizio pubblico è di rilevanza economica, dovendosi, all'uopo, far riferimento non tanto a categorie astratte e/o tassativamente tipizzate, quanto piuttosto alla intrinseca idoneità della gestione a produrre "ricchezza".

1.1. Non è chiaro poi se il comma 1 si applichi anche alle ipotesi di trasferimento della proprietà di reti, soprattutto se trasferite a meri enti strumentali dell'Ente proprietario; al quesito dovrebbe essere data risposta negativa, non potendosi incidere sulle modalità attraverso le quali l'ente si assume comunque una perdurante e incondizionale disponibilità del bene.

1.2. L'ultima parte del comma 1 dell'art. 23 bis stabilisce, invece, che le disposizioni contenute nella norma " *a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*".

Ad avviso di chi scrive tale norma va letta in stretto riferimento con la prima parte del medesimo comma, sicchè l'espressione "*a tutti i servizi*" deve essere intesa necessariamente nel senso "*a tutti i servizi economici*".

Si sarebbe voluto, quindi, escludere limitazioni in ragione della tipicità del servizio o della eventuale sua soggezione a disciplina di settore, essendo comunque quest'ultima recessiva, se incompatibile con la novella<sup>1</sup>.

2. Il comma 2 dell'art. 23 bis cit. stabilisce la regola, invero già amplificata dall'art. 113 d.lgs. 267/00, secondo la quale i servizi pubblici locali sono affidati nel rispetto dei principi del Trattato che assicurano, tra l'altro, concorrenza, *par condicio*, trasparenza, imparzialità ed economicità.

Anche se la norma non contiene il termine "*economici*", è chiaro – emergendo in modo palese dal predetto comma 1 del medesimo art. 23 bis – che la prescrizione non si applica ai servizi "*privi di rilevanza economica*", che dovrebbero continuare ad essere disciplinati *in toto* dall'art. 113 bis del d.lgs. 267.

Nel contesto di tale ultimo articolo non sono indicate procedure da seguire; l'affidamento a istituzioni e aziende speciali implica esternazioni di carattere organizzativo-istituzionale e, quindi, non è soggetto a regole concorsuali.

L'art. 113 bis, comma 1, lett. c) prevede anche l'affidamento diretto a società a capitale pubblico; tale *chance* appare ammissibile se si interpreta la norma in conformità delle regole desumibili dalla nota giurisprudenza comunitaria sullo "*in house*"; potrebbe quindi non rilevarsi sufficiente il controllo totalitario, richiedendosi la fruizione del potere di controllo, in modo da assicurare un dominio dell'ente sulla società partecipata, a prescindere (e quindi ben oltre) gli usuali poteri derivanti dalla partecipazione.

2.1. Nel comma 2 cit., è inserito l'inciso "*in via ordinaria*", che non risulta di agevole interpretazione ("*Il conferimento della gestione ... avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società ... nel rispetto dei principi del Trattato*").

---

<sup>1</sup> In effetti, la novella è accompagnata da una sorta di giudizio di massimizzazione del recepimento dei principi comunitari, e per tale motivo la normativa di settore che, pure, in molti casi, era ispirata ai principi comunitari, recede se incompatibile con la novella.

2.1.a) Una prima interpretazione porta a correlare l'inciso alla tipologia dei soggetti: in tale prospettiva, potrebbe argomentarsi che le categorie contemplate dalla norma ("*a favore di imprenditori o società di qualunque forma costituita*") possano in tutto o in parte essere escluse.

Anche avvalorando tale tesi, occorrerebbe adeguata motivazione.

2.1.b) Una seconda interpretazione correla l'inciso alle modalità di affidamento ("*... nel rispetto del Trattato*"): ciò porta a ritenere che si possa anche derogare ai principi comunitari sulla trasparenza, imparzialità, pubblicità, sussistendo valide motivazioni, adeguatamente esternate e, comunque, collocabili in un contesto di operatività delle norme comunitarie ed interne.

Si potrebbe pensare cioè ad una ipotesi eccezionale di affidamento a trattativa privata. Tale seconda ricostruzione è, anch'essa, tutta da verificare nella sua concreta operatività. Comunque, si inquadrerebbe in tale deroga il terzo comma dell'art. 23 bis, che stabilisce "*In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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 può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*".

Non può comunque non evidenziarsi che la deroga contenuta nel comma 3 impone pur sempre il rispetto dei principi comunitari, la quale cosa, tralasciando in questa sede la equivocità delle norme, dovrebbe imporre in ogni caso affidamenti basati su un minimo di confronto concorrenziale.

3. La deroga al sistema ordinario di affidamento, oltre all'obbligo motivazionale, è altresì accompagnata da diverse cautele, quali la pubblicità e l'esigenza di correlare le motivazioni ad una puntuale analisi del mercato di riferimento.

Ciò è tassativamente disposto dal comma 4 dell'art. 23 bis, che dispone l'invio della relazione sulla predetta analisi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e alle Autorità di regolamentazione del settore, ove costituite; ciascuna di dette Autorità è tenuta ad esprimere un parere entro 60 giorni dalla ricezione.

La norma è alquanto lacunosa e lascia "scoperti" diversi punti nodali; *prima facie*, pare poter rilevare quanto segue:

- a) l'analisi del mercato di riferimento si sostanzia in una vera e propria verifica, ossia un'attività oggettiva di riscontro che investe tutti profili delineati dal comma 3 (caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento);
- b) i pareri appaiono, in carenza di indicazioni, non vincolanti; resta fermo che il parere/i pareri possono essere disattesi sulla base di congrua motivazione;
- c) il termine di 60 gg. non sembra perentorio, non essendo prevista alcuna sanzione;
- d) non può escludersi una divergenza nei contenuti dei pareri forniti, che sarà ricomposta nel contesto di una valutazione complessiva degli elementi evidenziati nei pareri;
- e) se costituita, deve essere sempre acquisito il parere dell'Autorità di settore (in aggiunta al parere dell'AGCM).

4. Le disposizioni dell'art. 23 bis nel merito delineano, con assoluta chiarezza, i principi cui deve ispirarsi la procedura di scelta, mentre nulla determinano in ordine ai sistemi di aggiudicazione e ai conseguenti criteri.

Nonostante l'art. 23 bis, comma 2, contenga un richiamo ai principi generali relativi ai contratti pubblici, non appaiono vincolanti le norme del d.lgs. 163/06 sull'appalto concorso (presupposti e contenuti), né quelle sulle Commissioni di gara.

D'altro canto, il richiamo ai principi, di per sé, non implica l'applicazione degli aspetti di dettaglio di una determinata norma.

5. Il comma 5 ribadisce che la rete può restare nella proprietà pubblica (ipotesi alla quale tuttora si riconduce – ad avviso di chi scrive – ripetesi – le proprietà attraverso società a totale capitale pubblico) e che la gestione può essere affidata a soggetti privati.

Per tale ultimo profilo, la norma, nella sua laconicità, conferma che con l'art. 23 bis il legislatore ha inteso – così come enunciato nel comma 1 del medesimo articolo – occuparsi solo della gestione dei servizi.

E' usato volutamente il termine "conferma", perché l'affidamento ai privati della gestione delle reti è già contemplato dall'art. 113 d.lgs. 267/00, a cui occorre fare riferimento.

6. Anche l'art. 23 bis fa registrare una qualche remora per l'affidamento di una pluralità di servizi, rimettendosi al ricorso a tale modulo ove l'Ente possa dimostrare che *"tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore"*.

7. E' ammessa (comma 7), nel concorso delle volontà delle Regioni e degli Enti locali interessati, la determinazione di bacini di gara che esorbitano dagli ambiti di un determinato Ente, il tutto comunque nel rispetto della normativa di settore. La determinazione si correla alla esigenza di consentire *"lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale"*.

Le delineate necessità e obiettivi non implicano, tuttavia, la deroga ai fini dell'affidamento, dei principi sanciti dal comma 2.

Resta peraltro fermo che la norma presuppone che le esigenze correlate al servizio universale e alla protezione delle categorie meno abbienti non fanno complessivamente svelare il senso a servizio *"privo di rilevanza economica"*.

8. Ancora una volta il legislatore, nel normare in via generale la materia dei servizi pubblici locali, interviene, in via specifica, sui servizi idrici (comma 8 e comma 10, lett. c), disponendo che:

- a) le concessioni non rilasciate con regole concorsuali cessano *ope legis*, ossia senza delibera *ad hoc*, il 31 dicembre 2010;
- b) sussistendo i presupposti di cui al comma 3, la concessione non decade nel 2010; il legislatore, stando al tenore letterale (*"sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3"*), sembra ritenere necessario che i presupposti previsti dal suddetto comma 3 debbano sussistere al momento dell'affidamento originario: quindi, *ex post*, dovrebbe guardarsi alle condizioni del mercato di riferimento all'epoca dell'affidamento(!)

Tale ricostruzione desta più di qualche perplessità. Risulterebbe più logico ritenere che il legislatore abbia piuttosto voluto affermare semplicemente che, se nel 2010 (anno della prevista cessazione) sussistono le condizioni *ex* comma 3, il rapporto resta valido ed efficace.

Detta ultima ricostruzione si spiega facilmente, in quanto il comma 3, contiene una deroga all'obbligo di affidamento in base ai principi comunitari operata anche dopo l'entrata in vigore della novella, sicchè sarebbe illogico imporre la decadenza delle concessioni in essere assentite a trattativa diretta se poi comunque si può far ricorso anche nell'attualità (*rectius*: anche dopo il 2010) alla trattativa diretta in forza del più volte citato comma 3.

Il legislatore non ha richiamato anche il comma 4, sicchè si può dubitare se, al fine del differimento oltre il 2010, occorra acquisire i pareri della AGCM e dell'Autorità di settore.

9. Il comma 9, con una previsione applicabile a tutti i titolari di gestione di servizi pubblici (e dunque sembrerebbe pure a quelli idrici) stabilisce una restrizione operativa (che riecheggia analoghe disposizioni già contenute nell'art. 113 o in normative di settore), in forza della quale i predetti titolari non possono acquisire la gestione di servizi pubblici ulteriori (nello stesso ambito che ha dato luogo all'affidamento, né in ambiti diversi), anche a seguito di procedure di gara, salvo le gare per l'affidamento dello stesso servizio pubblico già a loro affidato.

Il divieto è alquanto ampio e si presta a qualche censura di compatibilità con le norme costituzionali a tutela dell'iniziativa privata e di uguaglianza, considerato che concerne, oltre alle controllate e alle controllanti, anche le mere società partecipate, nonché (e soprattutto) perché si riferisce anche alle nuove acquisizioni concernenti lo svolgimento di meri servizi (ossia appalti di servizi) o attività, addirittura peraltro a favore di soggetti privati.

D'altro canto, non sembra che un limitato vantaggio competitivo acquisito in relazione all'affidamento a trattativa di uno ed un solo servizio pubblico possa rendere ragionevole, al vaglio delle sentenze di legittimità comunitaria, la predetta eccessiva misura restrittiva che, si badi, stando al tenore letterale, si applicherebbe a qualsiasi

affidatario diretto di servizi pubblici locali, sia esso pure una società a totale capitale privato.

Sono comunque escluse dal divieto le società quotate.

9.1. Sempre il comma 9 prevede che *“in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento di servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica”*. Tale disposizione non dovrebbe applicarsi nel caso di servizi idrici per i quali opera la diversa disciplina prevista dal comma 8 già evidenziato.

La diversità, non marginale, consiste in ciò: nei servizi idrici il 31 dicembre 2010 segna la data entro la quale cessa il rapporto affidato mediante trattativa, per gli altri servizi la data del 31 dicembre 2010 sembra indicare la data entro la quale si procede mediante procedura competitiva (non essendo previste cauzioni automatiche se entro tale data non fosse individuato il nuovo affidatario).

10. Entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 133/08<sup>2</sup> è prevista l'emanazione di uno o più regolamenti governativi, al fine di:

- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno 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;*

---

<sup>2</sup> Pubblicata su GURI n. 195, S.O. n. 196, del 21 agosto 2008.

- 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 (affidamento per ragioni socio-ambientali e geomorfologiche) 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.*

Non appare sostenibile (almeno in gran parte) un congelamento dell'applicazione dei commi 1-10 dell'art. 23 bis in attesa dell'emanazione del predetto potere regolamentare.

11. Per quanto attiene i rapporti tra novella e art. 113 d.lgs. 267/00, alla via della linearità il legislatore (comma 11), ha preferito quella della incertezza.

Infatti, rimette all'interprete definire in che parte e in che misura l'art. 113 deve considerarsi abrogato.

12. In tema di regime del diritto intertemporale, si evidenzia che si fanno salve, in accoglimento di alcune indicazioni venute da esperienze pregresse, le procedure di



affidamento non ancora concluse, purché avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione.

Si sottolinea che anche le procedure avviate dopo l'entrata in vigore del decreto (ma sempre prima dell'entrata in vigore della legge di conversione) sono fatte salve.

Avv. Francesco Lilli