



Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale Struttura territoriale Sicilia

Le ultime novità legislative Pubblicazione n. 4 di Serafina Buarnè

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: RIFORMA E CONTRORIFORMA A PASSO DI GAMBERO D.L. N. 135 DEL 9 SETTEMBRE 2009

Ancora una volta il legislatore interviene per modificare la materia delle public utilities, al fine di adeguare la normativa interna all'ordinamento comunitario, riscrivendo il quadro normativo, già risultante dall'ultima disciplina introdotta dall'articolo 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133 (conversione del DL 25 giugno 2008, n. 112).

Il decreto legge, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 223 del 25 settembre 2009, il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, il cui articolo 15 – rubricato *Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica* – introduce alcune significative novità in tema di disciplina dei servizi pubblici locali (spl).

Attualmente è all'esame delle Camere, dove ha già subito delle modifiche, per cui siamo in attesa sia delle risultanze finali, ammesso che siano veramente definitive, sia di sapere quale sia l'intendimento del nostro legislatore, stante gli emendamenti presentati; infatti, per quanto la strada delineata sia nella direzione di una apertura del mercato dei servizi pubblici locali, tuttavia, l'assetto delineato dal 23-bis, lascia in sospeso alcune questioni che, se non saranno chiarite nel passaggio in Parlamento, sfoceranno in molti contenziosi, anche sotto il profilo della non conformità all'ordinamento comunitario.

Potrebbe sembrare una scelta, l'inserimento della lettera **h)**, con l'obiettivo di accelerare il processo di liberalizzazione del mercato, prevedendo incentivi, anche di natura fiscale-finanziario, a favore degli enti locali che cedono proprie quote di partecipazione a società di gestione dei servizi pubblici locali.

Ciò posto, delineamo, di seguito, senza presunzione di esaustività, una sintesi del nuovo quadro giuridico dell'art. 23-bis del decreto legge 9 settembre 2009, n. 135.

Principalmente è definito l'ambito di applicazione della disciplina dettata dall'articolo 23 bis, nel senso più restrittivo, in quanto rimangono esclusi alcuni settori, che erano stati stralciati dalla modifica introdotta dalle "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 176 del 31 luglio 2009 - Supplemento ordinario n. 136,26.

Art. 30, comma 26.

Al comma 1 dell'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono aggiunte, in

fine, le seguenti parole: «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. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati 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».

In buona sostanza le nuove disposizioni non si applicano:

- ai servizi di distribuzione del gas naturale (materia disciplinata dal 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);

i servizi di distribuzione di energia elettrica (disciplinata dal decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e della legge 23 agosto 2004 n. 239);

- i servizi di distribuzione del trasporto ferroviario regionale (disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 422).
- **comma 2** :la regola generale è che è inserito, tra le modalità ordinarie di «conferimento della gestione» dei servizi pubblici locali, l'affidamento effettuato in favore di una società mista pubblico-privata in cui il socio privato, avente le caratteristiche del «socio operativo», sia stato selezionato in base ad una gara cd. «a doppio oggetto» – in linea con le indicazioni da ultimo espresse dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati (PPPI) – ed assuma una partecipazione al capitale della società non inferiore al 40%;
- **comma 3** :è ammessa la deroga, per situazioni particolari che *“non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”*, per cui l'affidamento *“può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”*, intendendosi in questo modo sostanzialmente la gestione *“in house”* tramite affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico di proprietà dell'ente locale avente i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la cd. gestione *in house* e nel rispetto dei principi ivi previsti in tema di controllo analogo e di prevalenza dell'attività svolta per l'ente o gli enti affidanti. In ragione delle «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, [che] non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».
- **comma 4** : consente, all'ente locale di derogare, purchè motivi, espressamente, tale scelta che deve fondarsi su analisi di mercato, che devono essere inviate all'Antitrust e all'autorità di regolazione di settore, ove costituita, affinché rendano un parere (obbligatorio e non vincolante), entro 60 giorni. Sul punto, la nuova disciplina elimina 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».

Nella nuova formulazione, almeno, viene chiarito, nel comma 4 dell'articolo 23 bis, che il parere è reso soltanto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che è preventivo e che deve essere reso entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione sull'analisi di mercato, decorsi i quali esso si intende espresso in senso favorevole

- Sembrerebbe possibile, dal combinato di alcune disposizioni del 23-bis (per esempio dal comma 9), in quanto non espressamente esplicitato, l'affidamento diretto della gestione di reti e impianti, ove separata dalla gestione del servizio, a una società controllata dall'ente locale. Il periodo ipotetico è necessario in quanto nel testo non è chiarito nemmeno se, per controllo si intenda la proprietà al 100% stile "in house").
- **comma 9** :è espressamente vietato, ai soggetti titolari di SPL non affidatari mediante gara, nonché ai soggetti che gestiscono reti e impianti di cui al punto precedente, di gestire servizi ulteriori, o di svolgere attività in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare. Tale divieto non si applica alle società quotate.
- **comma 9**: le gare devono essere attivate entro il 31 dicembre 2010; i soggetti affidatari diretti possono concorrere alla prima gara che verrà svolta "per lo specifico servizio già loro affidato";
- **comma 10, lettera e**: definisce e semplifica il regime transitorio, che in precedenza era previsto per le concessioni relative al servizio idrico integrato, dal comma 8 dell'articolo 23 bis, mentre per gli altri servizi pubblici locali era demandata al regolamento di delegificazione previsto dal comma 10 dell'articolo 23 bis, sulla base delle indicazioni contenute nella relativa lettera e).

Pertanto il nuovo regime transitorio disciplinato dal comma 8 dell'articolo 23 bis del d.l. 112/2008, così modificato dall'articolo 15, comma 1, let. d) del decreto legge 135/2009, è il seguente:

a) cessano, le gestioni in essere alla data del 21 agosto 2008, che sono state affidate conformemente ai principi comunitari in materia di in house, improrogabilmente, e senza che sia necessario adottare alcuna deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

b) cessano, 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 deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) cessano 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, 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 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 30 per cento entro il 31 dicembre 2012; in caso contrario gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012.

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

È ridefinita la disciplina dei divieti previsti per i soggetti titolari di affidamenti diretti relativamente all'acquisizione della gestione di servizi ulteriori o in ambiti diversi e alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi (cfr. comma 9 dell'articolo 23 bis, così come modificato dall'articolo 15, comma 1, let. d) del decreto legge 135/2009).

È precisato che il regolamento previsto dal comma 10 dell'articolo 23 bis deve prevedere «l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house 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» (Cfr. comma 10, let. a) dell'articolo 23 bis, così come modificato dall'art 15, comma 1, let. f) del decreto legge 135/2009);

È differito, al 31 dicembre 2009, il termine entro cui il Governo deve adottare uno o più regolamenti di delegificazione previsti dal comma 10 dell'articolo 23 bis.

Osservazioni.

Condividiamo l'affermazione di quanti parlano di controriforma, mentre da parte nostra abbiamo voluto aggiungere la definizione di *passo del gambero*: sia per le poche questioni risolte, sia per le molte che lascia aperte, per non dire della scelta di stralciare le public utilities che sono stati inseriti nelle *"Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia"*

Il testo novellato l'art.23 bis, ancorché indirizzato verso una direzione di sostanziale apertura del mercato dei servizi pubblici locali, lascia in sospeso non poche questioni che sono strategiche per diversi profili, pensiamo al potenziale giurisprudenziale, anche davanti gli organi comunitari, per non dire delle ricadute economiche.

Segnatamente:

risulta poco chiaro se gli affidamenti diretti, a società miste in cui il socio privato sia stato scelto con gara, rientrano nelle forme di affidamento previste in via ordinaria dal comma 2;

non definire vincolante il parere dell'Antitrust e delle autorità di settore che si devono esprimere sulle deroghe, e prevedere un termine di 60 giorni, non sembra una buona scelta, perché rischia di vanificare l'obiettivo che si vorrebbe raggiungere, considerato che stante la formulazione della norma, il numero di richieste di deroga sarà probabilmente elevato. Potrebbe essere da incoraggiamento per un generale ricorso alla gestione "in house" che così da eccezione diventerebbe la regola, vanificando gli obiettivi di liberalizzazione dichiarati dalla legge;

non risulta chiaro, inoltre, se gli affidamenti diretti, a società quotate in borsa, cessino anch'essi alla fine del periodo transitorio. Potrebbe sembrare in senso affermativo, dal comma 10, dove la disciplina del periodo transitorio demandata al regolamento non distingue tra questi e altri affidamenti diretti. Così sembrerebbe anche dal comma 8, riferito al settore idrico. L'incertezza assoluta nasce, però, dal comma 9 che esclude le società quotate dal divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori e di partecipare a gare;

la riduzione del numero di concorrenti alle gare può derivare dalla disposizione che limita nella transizione la possibilità per le imprese in affidamento diretto di partecipare alle gare solo alla prima gara che verrà svolta "per lo specifico servizio già loro affidato" inoltre si tace in ordine alle concessioni a privati che siano state prolungate attraverso lo strumento del rinnovo senza gara.

Auspichiamo un'interpretazione nel senso che anche queste possano rientrare tra le gestioni non affidate mediante le procedure competitive di cui al comma 2 e che, conseguentemente, decadano anch'esse al termine del periodo transitorio.

Il regolamento, mai emanato alla data odierna, avrebbe potuto sciogliere molti dubbi di questi nodi, pertanto, non ci rimane che sperare che il legislatore colga questa occasione.