



**La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo ed alla luce dell'articolo 4 del decreto legge n. 138, convertito con la legge n. 148**

***Premessa***

**Art. 23 bis**

La complessa quanto delicata materia dei servizi pubblici locali è stata oggetto di un articolato processo di codificazione, il cui primo intervento di tipo “strutturale” è rappresentato dalla L. 142/1990, poi trasfusa nel D.lgs. 267/2000, con la quale sono state introdotte, rispetto al sistema ordinamentale precedente, forti elementi di novità tesi a superare le lacune normative dell'epoca. Sono poi seguiti altri numerosi, e spesso frammentari, interventi legislativi in materia e tale fermento normativo è giustificato dalla necessità, da un lato, di adeguare la disciplina interna alla disciplina comunitaria, di livello sia legislativo che giurisprudenziale e, dall'altro, di salvaguardare la vocazione stessa dei servizi pubblici locali.

In questo lungo *iter* normativo, momento importante è rappresentato dall'art. 23 bis del d.l. 112/2008, introdotto nell'ordinamento con la forza di una norma generale, con carattere aggiuntivo rispetto alla disciplina complessiva dei servizi pubblici locali.

*L'art. 23 bis disciplinava, come recita l'art.1, “l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e 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 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 sussidiarietà, proporzionalità 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”.*



L'art. 23 sanciva come regola generale per il conferimento dei SPL di rilevanza economica una gara pubblica, mentre la gestione *in house* rappresentava una situazione eccezionale, di cui al comma 3, secondo cui le c.d. situazioni eccezionali erano quelle 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”* legittimavano il ricorso all'affidamento diretto del servizio, in deroga al regime ordinario delle procedure ad evidenza pubblica. L'articolo annoverava, oltre a società a capitale interamente pubblico e a società partecipate dall'ente locale, espressamente anche le società che avessero i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *“in house”* e che, comunque, operassero 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.

### **In house providing**

Occorre soffermarsi brevemente sulla nozione di *in house providing*, espressione che descrive un fenomeno di “autoproduzione”, in cui l'amministrazione, nell'ambito della libertà di scelta fra i modelli organizzativi e gestori, decide di attingere a risorse proprie, ovvero di ricorrere ad amministrazioni ad essa collegate in maniera così profonda da indurre a ritenere che si tratti di proiezioni organizzative dell'amministrazione stessa, come nel caso, appunto, delle società *in house*.

Il ricorso a tale sistema si pone in contrapposizione al modello dell'esternalizzazione e rappresenta una ipotesi residuale in quanto derogatoria rispetto al ricorso al mercato, la cui definizione e “perimetrazione” sono state affidate, da parte dai Giudici nazionali, all'opera interpretativa della Corte di Giustizia.

Infatti, ferma restando la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte interne (autoproduzione o ricorso al mercato), qualora si decida per l'autoproduzione, l'unico limite imposto - al fine di evitare *escamotages* per aggirare le regole dell'evidenza pubblica - è che l'affidamento *in house* avvenga in presenza di un



effettivo rapporto di delegazione interorganica fra ente delegante e ente delegato, da valutare alla luce degli indici rivelatori elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in questi anni e cioè: controllo analogo e svolgimento prevalente dell'attività in favore dell'ente controllante, oggetto di una elaborazione giurisprudenziale e dottrinale anche interna.

*TABELLA N. 1*

Requisiti dell'*in house providing* in sintesi

Controllo analogo	
Strutturale	<ul style="list-style-type: none"><li>- Partecipazione pubblica totalitaria</li><li>- Assenza di vocazione commerciale, i cui indici rivelatori sono, ad esempio:<ul style="list-style-type: none"><li>➤ ampliamento dell'oggetto sociale;</li><li>➤ apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;</li><li>➤ espansione territoriale dell'attività su tutto il territorio nazionale e all'estero</li></ul></li></ul>
Congiunto	<ul style="list-style-type: none"><li>- Partecipazione pubblica congiunta:<ul style="list-style-type: none"><li>➤ il controllo può essere esercitato anche congiuntamente da più società, che deliberano a maggioranza</li></ul></li></ul>
Frazionato	<ul style="list-style-type: none"><li>- Partecipazione di soggetti privati;<ul style="list-style-type: none"><li>➤ la mera possibilità dell'ingressi di privati, prevista in statuto, non esclude di per sé l'esistenza del controllo analogo</li></ul></li></ul>
Svolgimento prevalente in favore dell'ente controllante	L'attività svolta – <i>in concreto</i> - dall'impresa deve essere destinata <i>principalmente</i> all'ente controllante ed ogni altra attività deve risultare marginale, utilizzando come indicatore il "fatturato" dell'impresa.

Se nelle prime sentenze (dalla fine del 1990 al 2005), la Corte di Giustizia ha progressivamente enucleato una serie di indici ampi e flessibili, non ritenendo necessaria



una specificazione più stringente, a fronte di un fenomeno ritenuto (erroneamente) limitato, è con la sentenza *Teckal* che sono stati codificati i due requisiti rivelatori della sussistenza di tale rapporto di delegazione interorganica. Un primo requisito di tipo strutturale, quale il controllo analogo operato dall'ente pubblico sul soggetto aggiudicatario e un secondo requisito di tipo funzionale, quale il prevalente svolgimento dell'attività da parte del soggetto aggiudicatario in favore dell'ente controllante, entrambi, ancorché non dettagliatamente declinati, sono stati oggetto di una interpretazione restrittiva, proprio in ragione della eccezionalità dell'*in house providing*. A partire dal 2005, constatato il crescente ricorso a tale figura e al prisma di ipotesi possibili che si andavano prefigurando, la Corte ha provveduto ad individuare in modo più dettagliato e stringente le condizioni di ammissibilità, per evitare elusioni dei limiti generici indicati nelle prime pronunce, con particolare riferimento all'ipotesi di società mista. Con riferimento al requisito del controllo analogo, se inizialmente la Corte riteneva che, affinché una società mista a prevalente capitale pubblico potesse considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione, era determinante la concreta configurazione del rapporto, mentre non era di per sé decisiva l'entità della partecipazione, successivamente ha mutato la propria posizione, ritenendo necessario un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del bene o del servizio e non solamente un controllo sull'attività, quale presidio esterno alla conformità dell'azione del controllato (*Parking Brixen; Carboterno; Consorzi Alisei*), attraverso una partecipazione pubblica totalitaria (*Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); Stadt Halle*). Inoltre, l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali e dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale ed estero (*Mödling; Parking Brixen*). I giudici comunitari hanno, poi, preso esplicitamente posizione sulla complessa quanto dibattuta ipotesi di controllo analogo congiunto, chiarendo che, affinché il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima risulti analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, non è necessario che il singolo socio affidante disponga di un



potere di controllo individuale sulla società, ben potendo essere svolto tale controllo, anche congiuntamente da parte di più autorità socie che deliberano, se necessario, a maggioranza, rilevando unicamente la effettività del controllo esercitato sull'ente concessionario (*Coditel*).

Il pietrificato orientamento comunitario circa le condizioni necessarie per la sussistenza del requisito strutturale del controllo analogo ha cominciato gradualmente ad incrinarsi e si è inaugurato il terzo filone giurisprudenziale. A partire dal 2008, nel definire il requisito del controllo analogo, i Giudici comunitari hanno affrontato la questione di una possibile partecipazione di privati, ipotesi fino ad ora assolutamente esclusa. La Corte ha affermato che l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria *"deve essere verificata nel momento dell'affidamento"* dell'appalto pubblico di cui trattasi, e *"in ogni caso, in via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame"*. In sintesi, la Corte ha fatto *"marcia indietro"* ed ha stabilito che la mera possibilità dell'ingresso di terzi privati non esclude l'esistenza del controllo analogo (C-371/05 del 2008; C-573/07).

Appare evidente che le varie declinazioni di controllo analogo: strutturale, congiunto e frazionato elaborate in questi anni presentano, come ragione ispiratrice, l'esigenza di fornire una nozione sostanziale di tale requisito, in ragione della sua effettività, attraverso una gradazione degli indici rivelatori non in via teorica, ma caso per caso, a seconda della struttura dell'ente controllante e controllore.

Il tendenziale ripensamento del controllo analogo e, quindi, dello stesso istituto dell'*in house* in un'ottica di maggiore apertura, come provano le ultime sentenze comunitarie, pare essere avvallata anche dallo stesso Legislatore europeo con il Regolamento CE trasporti 1370/2007, che tra le modalità di affidamento della fornitura e della gestione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri prevede l'affidamento diretto (art. 5, par. 2), sia nella forma della c.d. *"gestione diretta in economia"*, sia facendo ricorso ad un c.d. *"operatore interno"*, sottoposto alle condizioni dell'*in house*. La novità principale del Regolamento riguarda il requisito strutturale del controllo analogo, per il quale non è più richiesta la totale partecipazione pubblica. Infatti, l'art. 5, par. 2, lett. a),



comma 2, prevede espressamente che *“conformemente al diritto comunitario la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo analogo a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”*.

TABELLA N. 2

Regolamento CE trasporti 1370/2007 - Art. 5, *Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*

1	Par,	I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano.
2	Par. lett. a) b) e c)	2. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un'autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni: a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in



base ad altri criteri;

b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;

c) in deroga alla lettera b), un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta

Giudice e Legislatore europeo stanno aprendo nuove frontiere e hanno assunto posizioni sintomatiche della necessità di disancorare l'ammissibilità del ricorso all'*in house* a condizioni monolitiche, preso atto della continua evoluzione dei sistemi gestori ed organizzativi, che richiedono valutazioni non esclusivamente aprioristiche.

Sul piano nazionale, con riferimento al primo requisito del controllo analogo, condizione indispensabile è che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (C.d.S. Ad. Plenaria 1/2008; C.d.S., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza C.d.S., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%). In ogni caso, la partecipazione pubblica totalitaria costituisce un elemento necessario, ma non sufficiente, servendo maggiori strumenti per un controllo effettivo, e non solo formale o apparente, di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719). In particolare: a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (C.d.S., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito



esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (C.d.S., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C.d.S., Sez. V, n. 5082/09); d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (C.d.S., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Il Giudice nazionale, nell'affrontare la questione di partecipazioni pubbliche plurime, ha seguito l'orientamento comunitario sul concetto di "controllo analogo congiunto" ed ha sostenuto che il requisito del controllo analogo necessario per ritenere legittimo l'affidamento *in house* di servizi pubblici ad una società di società partecipate da più enti pubblici *"non sottende una logica dominicale, rivelando piuttosto una dimensione funzionale: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della governance societaria"* (C.d.S., Sez. V, n. 8970/2009; id. 1365/2009; id., 30.4.2009, n. 2765; id., 28.9.2009, n. 5808).

Con riferimento, poi, al requisito funzionale del *"prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante"*, la giurisprudenza nazionale ha fatto propria la nozione elaborata dalla giurisprudenza *"Teckal"*, secondo cui un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene se l'attività di detta impresa è destinata *principalmente* all'ente in questione e ogni altra attività risulta marginale, di cui indicatore utile per valutare tale requisito è il "fatturato". Inoltre, tale requisito funzionale sussiste sia nel caso di prestazioni svolte nei confronti dell'ente controllante (prestazioni strumentali allo svolgimento delle funzioni tipiche dell'amministrazione) sia nel caso di prestazioni svolte per conto della stessa (*Carbotermo; Consorzio Alisei; C-371/05*), considerate, in concreto, tutte le attività svolte dalla stessa, a prescindere da chi le remuneri e dall'ambito territoriale in cui sono svolte (C-340/04). Anche la Corte costituzionale si è espressa con riferimento al requisito funzionale del prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante





(sentenza 23 dicembre 2008, n. 439), e richiamata la giurisprudenza comunitaria sul punto, ha ritenuto necessario che il soggetto beneficiario dell'affidamento destini la propria attività principalmente a favore dell'ente e la circostanza che effettui prestazioni non del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe tale impresa attiva sul mercato, con una conseguente deviazione rispetto al rigido modello europeo ed una alterazione delle regole concorrenziali. La Consulta ha citato la sentenza *Carbotermo*, nella parte in cui demanda al giudice competente la valutazione di tutte le circostanze di specie, sia qualitative che quantitative, idonee a suffragare o meno l'integrazione del requisito funzionale.

### **Referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011.**

E' sull'impianto normativo appena descritto che è intervenuto il Referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011.

Il primo quesito aveva ad oggetto l'abrogazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 23 bis, abrogazione divenuta effettiva dal 21 luglio 2011 per effetto del DPR 18 luglio 2011, n. 113.

Il secondo quesito referendario, invece, chiedeva l'abrogazione del comma 1 dell'art. 154 del D.Lgs. 152/2006, limitatamente alla parte che prevedeva che la tariffa idrica garantisse un'adeguata remunerazione del capitale investito da parte del gestore, abrogazione divenuta effettiva dal 21 luglio 2011 per effetto del DPR 18 luglio 2011, n. 116.

Entrambe le abrogazioni hanno avuto effetto dal giorno successivo alla pubblicazione in GU dei DPR con cui è stato sancito il risultato abrogativo del referendum.

#### *a) Secondo quesito*

Relativamente all'abrogazione del comma 1 dell'art. 154 del D.Lgs. 152/2006, limitatamente alla parte che prevedeva che la tariffa garantisse un'adeguata remunerazione del capitale investito da parte del gestore (fissata al 7% dal metodo normalizzato previsto dal D.M. Lavori Pubblici 1° agosto 1996), si è aperto un interessante dibattito in merito alle conseguenze ed agli effetti concreti che la vittoria del sì produrrà



nel sistema del ciclo idrico integrato, con particolare riferimento alla modalità di determinazione delle tariffe del servizio.

Va da subito evidenziato che, contrariamente a quanto potrebbe apparire a seguito dell'esito referendario, le ricadute sul piano tariffario potrebbero essere ben più limitate rispetto alle aspettative dei sostenitori del sì.

Infatti, come evidenziato nel Dossier Studi e Ricerche dalla Camera dei Deputati, n. 251 del 06/07/2011, l'abrogazione del richiamo all'adeguata remunerazione del capitale investito tra i criteri per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato non farebbe comunque venire meno il principio europeo della *full recovery cost*, in base al quale la tariffa deve tendere alla copertura dei costi. Gli stessi giudici costituzionali, nella sentenza in cui hanno dichiarato ammissibile il quesito referendario (sentenza n. 24 del 2010) hanno riconosciuto il carattere coesistente della copertura dei costi.

In ogni caso viene sottolineata da più parti l'esigenza di un intervento normativo anche alla luce della recente istituzione dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua nel decreto-legge n. 70 del 2011, chiamata a predisporre i nuovi metodi di tariffazione e sulla base nella disciplina normativa vigente.

L'art. 149, comma 4, del D.lgs n. 152/2006, che non è stato oggetto di abrogazione, stabilisce testualmente che *"il piano economico finanziario .....prevede con cadenza annuale, l'andamento dei costi di gestione e di investimento.....Esso è integrato dalla previsione annuale dei proventi da tariffa, estesa a tutto il periodo di affidamento...Il piano (economico finanziario) ....dovrà garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario..."*.

Inoltre, l'art. 154, comma 1, prevede che *"La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere (dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito – parte abrogata a seguito del referendum) e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità di Ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il*



*principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del sii hanno natura di corrispettivo".*

I principi desumibili dalle predette disposizioni, tuttora vigenti, sono così sintetizzabili:

1) la gestione del servizio idrico integrato deve rispettare il vincolo dell'equilibrio economico-finanziario;

2) la tariffa del servizio idrico integrato deve coprire tutti i costi necessari alla gestione operativa del servizio e alla realizzazione degli investimenti funzionali al servizio stesso.

Preliminarmente appare utile definire con chiarezza il contenuto della locuzione "remunerazione del capitale investito" con l'intento di spazzare via i dubbi terminologici che possono avere determinato equivoci nell'ambito della discussione referendaria. La remunerazione del capitale investito non rappresenta il profitto dell'impresa che gestisce il servizio, ma il costo del capitale necessario al finanziamento degli investimenti. I profitti della società di gestione del servizio derivano, invece, dalla capacità della stessa da un lato di essere efficiente nella gestione operativa, dall'altro di minimizzare i costi dei fattori produttivi, incluso il capitale.

In sintesi : l'art 154 è stato abrogato soltanto nella parte in cui prevedeva che in tariffa potesse essere ribaltata l'adeguata remunerazione del capitale investito. La parte restante della norma, tuttora vigente, prevede espressamente che attraverso la tariffa sia assicurata la piena copertura dei costi. In considerazione del fatto che la remunerazione del capitale investito altro non è se non il costo del capitale, è ragionevole sostenere che esso potrebbe essere finanziato con i proventi tariffari nonostante l'esito referendario.

Si ritiene, difatti, che soltanto a fronte di un'esplicita previsione diretta ad escludere la possibilità di remunerare il capitale, anche a prescindere dal ribaltamento in tariffa, l'esito referendario sortirebbe gli effetti che sono stati attribuiti da molti, effetti che in questa eventualità potrebbero definirsi molto problematici poiché la mancata realizzazione degli investimenti andrebbe ad incidere in maniera drastica nella tanto ricercata efficienza del servizio.



Posto che l'obbligo di mantenere l'equilibrio economico-finanziario, ai sensi dell'art. 149, comma 4, del D.lgs 152/2006 e s.m.i. , non può venir meno e che la remunerazione del capitale è un costo, la domanda che gli esiti della consultazione referendaria implicitamente impongono è eventualmente in quale modo tale costo debba essere preventivamente calcolato.

Come sostengono i più, se davvero si volesse perseguire la finalità sottesa al quesito referendario eliminando qualsiasi margine di speculazione da parte del gestore del servizio sulla tariffa, una valida soluzione potrebbe essere rappresentata dalla revisione del tasso di remunerazione del capitale, che dovrebbe essere determinata in misura variabile in relazione al reale costo del capitale investito.

*b) Primo quesito*

L'art. 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, unitamente al Regolamento attuativo di cui al d.P.R. n. 168/2010, è stato abrogato lasciando un vuoto normativo da colmare.

Infatti, come stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2011 con la quale era stata dichiarata ammissibile la richiesta di referendum popolare – *“dall’abrogazione dell’art. 23-bis del D.L. 112/2008 non avrebbe potuto conseguire alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi dalla stessa Corte Costituzionale – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997); e sarebbe conseguita l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum, relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”*.

Così, il Legislatore nazionale è intervenuto con l'art. 4 *Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea* della Legge 14 settembre 2011, n. 148 - *Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione*



*finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari.*

---

### ***Analisi dell'articolo 4, Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea***

*1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilita' di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito «servizi pubblici locali», liberalizzando tutte le attivita' economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalita' e accessibilita' del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunita'.*

*2. All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunita' locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.*

*3. Alla delibera di cui al comma precedente e' data adeguata pubblicita'; essa e' inviata all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

#### **COMMENTO**

La nuova disciplina in materia di affidamento declina nell'ordinamento nazionale i principi dell'ordinamento europeo in materia di concorrenza ed i principi sanciti dalla Corte di Giustizia.

Viene confermato il ruolo di principio fondante e generale della concorrenza, e viene individuato un procedimento puntuale per consentire l'individuazione dei casi in cui tale principio possa eventualmente essere disatteso.



Viene, innanzitutto, prevista una fase di classificazione preliminare dei servizi. Poiché tale norma non era prevista nell'articolo 23-bis, non si pone il problema della compatibilità rispetto agli esiti referendari.

Occorre fin da subito precisare l'ambito di applicazione dell'art. 4 e ciò è possibile *a contrario* e cioè facendo riferimento al comma 34 che individua gli ambiti esclusi:

- ❖ il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto *dai commi da 19 a 27*
- ❖ il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164,
- ❖ il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239
- ❖ il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422,
- ❖ la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

Quindi, una volta chiarito quali sono i servizi pubblici esclusi, gli enti locali sono chiamati ad individuare quelli invece compresi nell'ambito di applicazione della nuova normativa e a operare una distinzione fra quelli da liberalizzare e quelli da concedere in esclusiva, secondo il comma 1, comma che presenta forti profili di ambiguità

Infatti, manca una definizione normativa di spl a rilevanza economica che integri il TU 267/200 art. 112, pertanto, gli enti locali nel compiere l'operazione di cui al comma 1 devono rifarsi alla definizione di spl elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Quindi, come ampiamente ricostruito dalla giurisprudenza (per tutti si veda la ricostruzione di Tar Lombardia, Milano, III, sentenza 13 novembre 2009 n. 5021), in mancanza di una definizione normativa di "servizio pubblico locale", è qualificato come "pubblico" il servizio in cui *"l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica, che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività di privati"*.

E' chiaro che il servizio pubblico è caratterizzato da un elemento funzionale, ossia il soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale, che non si rinviene nell'attività



privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali (cfr. sul punto Cassazione civile, Sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/ago1/cassu\\_2000-71.htm](http://www.lexitalia.it/ago1/cassu_2000-71.htm); Cassazione civile, Sez. un., 19 aprile 2004, n. 7461, *ivi*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/ago/cassu\\_2004-04-19-2.htm](http://www.lexitalia.it/p/ago/cassu_2004-04-19-2.htm)).

In sintesi, la nozione di servizio pubblico va riferita ad attività che di per sé sono di interesse pubblico, perché intrinsecamente dotate di rilevanza pubblicistica, attesa la generalità degli interessi che sono dirette a soddisfare, a prescindere dalla qualificazione del soggetto cui va imputata tale attività.

Tutti gli enti locali sono obbligati ad espletare una attività istruttoria volta a verificare i casi in cui i servizi di interesse economico generale possono essere espletati dai privati in regime di libera concorrenza e di quelli in cui risulti necessaria l'attribuzione di un diritto di esclusiva..

L'attribuzione di diritti di esclusiva sarà limitata a quei casi, in via residuale, in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità'.

L'istruttoria espletata deve tradursi in una delibera quadro, in cui si da conto anche della scelta di non liberalizzare il settore e delle ragioni della decisione (novità introdotta nel corso dell'iter al Senato) che, previa pubblicazione, deve essere inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La procedura sopra prevista è condizione per l'affidamento ed il rinnovo dell'affidamento della gestione dei servizi.

Sul piano pratico, si nota che una deliberazione da assumere da parte di ogni ente locale rappresenta un procedimento con un notevole impatto organizzativo che può avere rilevanti conseguenze anche sul piano giuridico. Nessun ruolo viene peraltro riconosciuto alla legislazione regionale che in materia è assai copiosa.

*4. La verifica di cui al comma 1 e' effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa e' comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.*



## COMMENTO

La verifica di cui al comma 1 e' effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi con cadenza periodica secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; In ogni caso, essa e' comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi. Pertanto, entro il 13 agosto 2012 gli enti locali nel rispetto dei principi di concorrenza, libert  di stabilimento e libera prestazione di servizi sono tenuti a verificare la realizzabilit  di una gestione concorrenziale dei SPL, liberalizzando tutte le attivit  economiche compatibilmente con le caratteristiche di accessibilit  ed universalit  del servizio.

I diritti di esclusiva restano limitati ai casi in cui sulla base di analisi di mercato la libera iniziativa economica non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunit .

*5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attivita' rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunita' locali, definiscono preliminarmente, 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 disponibilita' di bilancio destinata allo scopo.*

## COMMENTO

Il comma 5 prevede che gli enti locali per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attivita' rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunita' locali, ove necessario provvedano a definire gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilita' di bilancio destinata allo scopo.





Nel prevedere che ad oneri di servizio, cioè all'erogazione di servizi non remunerativi sul piano economico, ma utili sul piano sociale, corrisponda un'adeguata compensazione sancisce che la medesima venga calcolata tenendo conto della remuneratività del servizio nel suo complesso (trattasi anche in questo caso di normativa nuova, coerente con disposizioni presenti a livello europeo)

*6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.*

*7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.*

## **COMMENTO**

I commi da 6 a 8 disciplinano la normativa applicabile qualora un soggetto gestisca servizi in esclusiva.

I commi 6 e 7 chiariscono che l'attribuzione di diritti in esclusiva ad una impresa incaricata della gestione di SPL non comporta per i terzi il divieto di produzione degli stessi servizi per uso proprio (art. 9 L. 287/1990), salvi i casi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonché, salvo concessione per il settore delle telecomunicazioni

*8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo*



*riconoscimento e proporzionalita'. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorita' di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.*

## COMMENTO

Il comma 8 stabilisce che, qualora l'ente locale a seguito della verifica di cui al comma 1 intende attribuire in esclusiva la gestione del SPL, l'affidamento avviene tramite:

a) procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicita', imparzialita', trasparenza, adeguata pubblicita', non discriminazione, parita' di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalita'. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorita' di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

A tali procedure possono partecipare anche:

- le societa' a capitale interamente pubblico, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge, di cui al comma 9;
- le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione a condizione che documentino la possibilita' per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi, di cui al comma 10

Sul punto è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con apposito atto di segnalazione AS864 del 26.8.2011 relativo al disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, in merito alle disposizioni del decreto afferenti ai servizi pubblici locali. Secondo l'AGCM il principio dell'obbligo di gara per l'affidamento in esclusiva di SPL risponde ai principi di concorrenza ed è fondamentale per garantire la scelta dell'operatore migliore in termini di efficienza e condizioni economiche del servizio.



b) procedure competitive ad evidenza pubblica e società mista pubblico privata, con gara c.d a "doppio oggetto" : 1 qualità del socio privato , con quota non inferiore al 40%, e 2 attribuzione di specifici compiti operativi come stabilito dal comma 12.

*11. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:*

*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 al comma 29 , e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;*



*g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.*

### **COMMENTO**

Il comma 11 definisce il contenuto del bando di gara e della lettera di invito.

Esso contiene, alle lettere da a) a g), una serie di disposizioni non del tutto omogenee volte, da un lato, ad agevolare il subentro di nuovi soggetti nell'espletamento del servizio (a tal fine è previsto che il subentrante entri in possesso delle reti e degli impianti necessari per l'espletamento del servizio stesso e che il possesso di questi non possa essere elemento discriminante in sede di gara), dall'altro, contiene disposizioni tese a tutelare la concorrenza: viene quindi previsto che i membri della commissione di gara abbiano competenze specifiche e che sono vietate, in sede di gara, aggregazioni in cui siano presenti soggetti che da soli abbiano i requisiti per espletare il servizio onde evitare che tali aggregazioni, presentandosi in più gare, finiscano di fatto per suddividersi i servizi di più territori: anche la previsione della proporzionalità dei requisiti richiesti rispetto al servizio da espletare va in questo senso.

Il comma 11 ha, dunque, un contenuto innovativo e precisa, in termini di concorrenza, molti principi di derivazione europea..

Il comma in esame ripropone le prescrizioni, relativamente al contenuto di bando di gara e lettera di invito, già previste all'art. 3 del Regolamento attuativo dell'art. 23-bis sopra citato, tra le quali si rammentano: il divieto di considerare come elemento discriminante nella valutazione delle offerte la disponibilità delle reti, degli impianti o di altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili ed essenziali per il servizio; l'obbligo di stabilire che i suddetti requisiti siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio; la necessità che la durata dell'affidamento non superi il periodo di ammortamento degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore; la facoltà di esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedano singolarmente i requisiti di partecipazione; l'adozione di carte dei servizi; e così seguendo



*12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura 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;*

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

#### **COMMENTO**

Il comma 12 disciplina la gara a doppio oggetto (affidamento del servizio e contestuale individuazione del socio privato).. Viene prevista una quota sociale minima del 40% in capo al socio privato. La disciplina in questione è conforme all'ordinamento europeo, il quale non prevede la percentuale fissa del 40% (che sicuramente appare però ragionevole).

Quanto alla gara cd. "a doppio oggetto", la manovra conserva interamente nel nuovo impianto normativo la configurazione che le aveva dato il legislatore prima dell'abrogazione referendaria, quale procedura avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, "al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%" e l'attribuzione di "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio". Al riguardo, il bando o la lettera di invito, analogamente a quanto disposto dal caducato art. 3 del Regolamento attuativo dell'art. 23-bis, deve prevedere che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato svolga gli specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio e che, diversamente, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (art. 4, comma 12).



*13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento e' pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta «in house».*

### **COMMENTO**

Il comma 13 disciplina le ipotesi di affidamento *in house* e stabilisce che, ferme restando le condizioni soggettive enucleate dalla giurisprudenza comunitaria ("controllo analogo" e "dell'attività prevalente") per il ricorso a tale modulo, le condizioni oggettive, caratterizzanti la riforma operata con l'art. 23 bis, sono state sostituite con una soglia di valore degli affidamenti.

Per cui l'affidamento *in house* è ammesso qualora il valore dell'affidamento sia pari o inferiore ai 900.000 euro, al di sotto dei quali gli enti locali sono legittimati a scegliere di ricorrere all'auto-produzione dei servizi. In sintesi, la nuova disposizione ammette l'affidamento diretto *in house* come modulo gestionale eccezionale rispetto alla gara ed introduce una disciplina più rigorosa di quella di derivazione comunitaria proprio perché circoscriverle ipotesi di affidamento diretto *in house* ai servizi pubblici locali di valore economico limitato. Infatti, con l'innalzamento dell'asticella dell'affidamento "fino a 900.000 euro di valore complessivo" si dilata la possibilità per gli enti locali di gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di auto-produzione. Tale operazione, tuttavia, non si pone in contrasto con il dettato costituzionale, alla luce di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 325/2010 con riferimento all'art. 23 bis del D.L. 112/2008, laddove affermava che la normativa comunitaria costituisce solo un "minimo" inderogabile per Stati membri, potendo il legislatore statale - competente a disciplinare le modalità gestionali dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in via esclusiva trattandosi della materia "tutela della concorrenza" - introdurre legittimamente regole concorrenziali più rigorose di quelle "minime" di derivazione comunitaria.



Sul punto era intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con apposito atto di segnalazione AS864 del 26.8.2011 relativo al disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, in merito alle disposizioni del decreto afferenti ai servizi pubblici locali. Secondo l'AGCM, il decreto, introducendo una soglia pari a 900mila euro al di sotto della quale la gara per la scelta del gestore dei servizi non è obbligatoria, finiva per configurare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. L'Antitrust osservava altresì che il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara, così configurato, si sarebbe prestato facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni pubbliche: sarebbe stato sufficiente frazionare gli affidamenti in tante "tranche", ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro, per poterle poi attribuire tutte direttamente ad una società controllata.. Tuttavia il monito dell'AGCM è rimasto inascoltato.

Secondo l'Autorità "(...) *l'impianto normativo ora proposto si differenzia da quello precedente per un aspetto di rilievo, riguardante la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio. Nel precedente regime, la gara era lo strumento privilegiato, derogabile in presenza di situazioni eccezionali (art. 23 bis comma 3) in cui l'affidamento in house era consentito previa richiesta di parere all'Autorità. Ora viene stabilita una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria (comma 13 dell'art. 4). L'eccezionalità della situazione che non consente il ricorso al mercato viene dunque approssimata da un ben preciso valore economico del servizio, che però non può sostituirsi in maniera efficace a tutte le realtà in cui la gara non è esperibile, realtà che presentano necessariamente caratteristiche molto differenziate sotto i vari aspetti che la formulazione del precedente art. 23-bis aveva colto. In ogni caso, nell'assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l'Autorità osserva che questa appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. In ogni caso, il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara così configurato si presta facilmente a comportamenti elusivi da parte*



*delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara dei servizi pubblici locali: sarebbe sufficiente frazionare gli affidamenti in tante "tranche", ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate in house. Il sistema ora introdotto appare dunque meno efficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l'arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L'Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l'esistenza da parte dell'ente affidante".*

Al riguardo, sembra che la nuova normativa introduca un elemento di rigidità nella disciplina dell'*in house*, in sostituzione dei requisiti – meno determinati e determinabili – posti dalla disciplina previgente, che, come noto, ammettevano tale affidamento solo in "ipotesi eccezionali" che non consentissero l'"efficace e utile ricorso al mercato" debitamente dimostrate nonché alla previa richiesta di parere all'Autorità Antitrust (art. 23-bis, commi 3 e 4, cit.)

*14. Le società cosiddette «in house» affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.*

*15. Le società cosiddette «in house» e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.*





## COMMENTO

Il comma 14 estende le regole del patto di stabilità alle società in house ed il comma 15 estende l'applicazione del codice degli appalti alle società in house ed alle società miste.

La disciplina in commento comporta un restringimento delle ipotesi in cui è consentito l'in house rispetto a quanto consentito agli effetti della normativa "di risulta" post referendum.

Tali società sono assoggettate dal decreto al patto di stabilità interno nonché, unitamente alle società miste, alle regole in materia di acquisto di beni e servizi di cui al Codice dei contratti pubblici e di reclutamento del personale e conferimento incarichi di cui al D.Lgs. 165/2001 e al D.Lgs. 112/2008 s.m.i. (art. 4, commi 14, 15, 17); la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono in tali casi sottoposti alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli artt. 234 ss. del D.Lgs. n. 267/2000 (art. 4, comma 18).

*16. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato e' avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.*

## COMMENTO

Il comma 16, nel richiamare il comma 3 dell'art 32 del codice appalti sancisce che se il socio privato è stato scelto con procedure di evidenza pubblica e se la società eroga direttamente il servizio per il 70% del medesimo, la stessa opera senza applicare il codice appalti (il "momento" di evidenza pubblica si è esaurito nella scelta del socio privato).



*17. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2- bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.*

*18. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette «in house» e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.*

## **COMMENTO**

Il comma 18, ove il soggetto gestore sia una società partecipata dall'ente affidante, assoggetta il contratto di servizio alla vigilanza dell'organo revisore.

*19. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.*



*20. Il divieto di cui al comma 19 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.*

*21. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.*

*22. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.*

*23. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.*

*24. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.*

*25. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.*

*26. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.*

*27. Le incompatibilità e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.*



## COMMENTO

I commi da 19 a 26 prevedono una serie di incompatibilità e divieti di nomina tesi a “moralizzare” e rendere più trasparenti le gestioni dei servizi pubblici locali.

*28. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.*

## COMMENTO

Il comma 28 ammette la gestione privata delle reti, ferma restando la proprietà pubblica.

*29. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f) , dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.*

*30. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 29 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto.*

*31. L'importo di cui al comma 30 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.*



## COMMENTO

I commi 29, 30 e 31 riguardano, per il caso di cadenza o cessazione anticipata della gestione del servizio pubblico – la disciplina della cessione al gestore subentrante dei beni strumentali e loro pertinenze necessari per la prosecuzione del servizio, prevedendo la remunerazione dei beni per la parte non ancora ammortizzata e la cessione gratuita dei beni completamente ammortizzati. Tale remunerazione tiene conto del valore contabile del bene al netto di eventuali contributi pubblici: vengono in ogni caso fatti salvi eventuali diversi accordi tra le parti e normative di settore, anche di livello regionale, antecedenti al presente decreto. Ovviamente quanto sopra deve essere parte integrante degli elementi la cui conoscenza è necessaria per partecipare alla gara.

Anche i commi in esame non erano contenute nell'art. 23-bis sottoposto a referendum.

*32. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni, il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal presente decreto e' il seguente:*

*a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13, nonche' gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012;*

*b) le gestioni affidate direttamente a societa' 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 al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012;*



*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 al comma 8, 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 10 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 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.*

## **COMMENTO**

Il comma 32 contiene importanti disposizioni di regime transitorio sul quale esistono problematiche di rilievo che vanno attentamente valutate in quanto il comma 8 dell'art. 23-bis conteneva rilevanti norme transitorie, aventi notevoli effetti sulle società affidatarie.

Vengono confermate le disposizioni del DL n. 78 del 31 maggio 2010 che prevedono il divieto di costituire nuove società per i comuni con popolazione pari o inferiore ai 30.000 abitanti e la dismissione delle esistenti (tale ultima disposizione può essere disattesa in presenza di situazione finanziaria solida ed in assenza di ripiani di bilanci di società in perdita).

Per il resto si prevede, alla lettera a) la cessazione ex lege al 31 marzo 2012 dei contratti in essere, di valore superiore a 90.000 euro (comma 13 del medesimo articolo) affidati direttamente a meno che non rientrino nella previsione delle lettere successive e



quindi la cessazione al 30 giugno 2012 dei contratti relativi a gestioni affidate direttamente a società miste in cui il socio sia stato scelto con procedure di evidenza pubblica ma senza la contestuale attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il rispetto della scadenza contrattuale nell'ipotesi in cui la gara per la scelta del socio abbia avuto ad oggetto l'affidamento a questi di compiti operativi.

Per gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa ed a quelle da esse controllate cessano alla scadenza naturale del contratto se la partecipazione pubblica viene ridotta anche gradualmente attraverso procedure di evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privati presso investitori qualificati e operatori industriali al 40% entro il 30 giugno 2013: diversamente la scadenza è il 30 giugno 2013. Si ripropone sostanzialmente quanto era previsto dal comma 8 dell'articolo 23-bis, prevedendo effetti sui contratti in essere collegati all'alienazione di rilevanti quote di capitale.. Il comma 33 prevede che i titolari di affidamenti diretti, la società che li controlla o le società da questi controllate, nonché i gestori in affidamento delle reti, non possono, durante il regime transitorio, assumere altri servizi. Tali disposizioni non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati ed ai soci operativi di società miste.

Con riferimento alle previsioni in materia di periodo transitorio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con apposito atto di segnalazione AS864 del 26.8.2011 relativo al disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 ha osservato che *“Il comma 32 dell'articolo 4 prevede che gli affidamenti diretti, relativi a servizi il cui valore economico superi i 900.000 euro annui, cessano improrogabilmente al 31 marzo 2012; per i servizi di valore inferiore a 900.000 annui vale dunque la scadenza originaria dell'affidamento. Per le stesse motivazioni espresse in precedenza, appare del tutto inconferente un valore predeterminato del servizio quale criterio per giustificare la prosecuzione degli affidamenti, effettuati in house, sino alla loro scadenza naturale. Inoltre, la norma, per come formulata, stabilisce l'esenzione dalla scadenza anticipata per tutti gli affidamenti diretti, non solamente per quelli in house, ampliando ulteriormente, rispetto a quanto previsto dal comma 13 per i nuovi*



*affidamenti, la platea dei soggetti che possono continuare a gestire Spl senza aver vinto alcuna gara.*

*Allo stesso fine di evitare la permanenza di gestioni da parte di soggetti che non sono stati scelti ad esito di una procedura competitiva, l'Autorità osserva che i casi di cui alla lettera d), del comma 32, non possono ricomprendere anche affidamenti oggi in essere in base a rinnovi o proroghe tacite, già definiti dal giudice amministrativo quali gestioni di fatto, in quanto esercitati sulla base di un titolo illegittimo.*

*Inoltre, la previsione del comma 33 dell'articolo 4, che consente agli affidatari diretti di partecipare a gare ulteriori, solamente in occasione della prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti, appare porre condizioni eccessivamente restrittive. La ratio della norma è condivisibile: evitare le distorsioni derivanti dalla partecipazione di soggetti avvantaggiati dal beneficiare di un affidamento diretto, e disincentivare il ricorso ad affidamenti diretti, ostacolando la partecipazione alle gare per i soggetti titolari di tali affidamenti. Tuttavia, l'esperienza maturata in alcuni settori, quale il trasporto pubblico locale, indica come la restrizione qui in esame rischi di rendere impraticabile l'intero meccanismo di gara, finendo per limitare drasticamente il numero degli operatori ammissibili alle procedure di gara, e favorendo l'aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l'unico partecipante alla gara. Si propone dunque di attenuare le condizioni che consentono agli affidatari diretti di partecipare ad altre gare, consentendo loro di farlo nel caso in cui (i) i soggetti in questione siano nella fase finale (inferiore ai due anni) del proprio affidamento e (ii) sia già stata bandita la gara per il riaffidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica, per il servizio erogato dall'affidatario diretto".*

*33. 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 12, 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 primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12. 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.*

#### **COMMENTO**

Il comma 33 stabilisce il divieto per i soggetti che gestiscono SPL in seguito ad affidamento diretto o, comunque, a procedure non ad evidenza pubblica di svolgere servizi ulteriori, anche attraverso controllate, controllati e di partecipare a gare per l'affidamento di servizi fino alla conclusione della concessione.

Divieto escluso per società controllate e quotate ex art. 2359 cc.

Per l'AGCM nella citata segnalazione, tali condizioni appaiono troppo restrittive.

*Art. 34*

#### **COMMENTO**

Il comma 34 elenca le esclusioni dall'applicazione della presente normativa, ricalcando le previsioni dell'abrogato art. 23 bis, aggiungendo il servizio idrico integrato. L'esclusione non comprende tuttavia le norme sulle incompatibilità. In sede di conversione del decreto legge n. 138 viene prevista, quale eccezione all'applicazione di tali norme, la fattispecie già disciplinata dal comma 1 n. 2 dell'art. 63 del TU n. 267/2000 dedicato ad una specifica ipotesi di incompatibilità.



La formula utilizzata dal comma 34 non è uguale a quella di cui al comma 1 dell'articolo 23-bis: la nuova norma esclude totalmente l'applicazione dell'articolo 4 ai settori indicati, mentre il comma 1 dell'articolo 23bis prevedeva per quei settori la semplice "prevalenza" della normativa settoriale su quella generale.

*35. Restano salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto.*

#### Art. 5

(Norme in materia di società municipalizzate)

L'articolo 5 (la cui rubrica si riferisce alle "società municipalizzate") prevede la destinazione di una quota del Fondo infrastrutture, di cui all'articolo 6 quinquies del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, pari a 250 milioni di euro per l'anno 2013 e 250 milioni per l'anno 2014, ad investimenti infrastrutturali degli enti territoriali che procedano, rispettivamente entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad esclusione del servizio idrico.

A ciascun ente territoriale non può essere assegnata una quota superiore ai proventi derivati dalla dismissione effettuata. Si prevede che le spese effettuate dagli enti territoriali a valere sulla predetta quota siano escluse dai vincoli del patto di stabilità interno.

La destinazione prevista è disposta con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Le misure di incentivazione previste da questa norma sostituiscono l'obbligo di cessione delle partecipazioni azionarie nelle società *in house* e miste titolari di affidamenti diretti di cui al comma 8 dell'abrogato art. 23 bis.. Le misure di incentivazioni di cui all'art. 5 della L. 148/2011 si muovono nella stessa logica di progressiva privatizzazione del settore.