



Prima nota sull'articolo 4 del decreto legge n. 138 del 13/8/2011, convertito con modifiche dalla legge n. 148 del 14/9/2011, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 216 del 16/9/2011.

Premessa

L'articolo 4 del decreto legge 138/2011, c.d. manovra di ferragosto, convertito con modifiche dalla legge 148/2011, in vigore dal 17 settembre 2011, interviene nuovamente in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevedendo la pressoché totale riproposizione dei contenuti dell'articolo 23-*bis* del dl 112/2008 e del dpr 168/2010, suo regolamento attuativo; norme, queste ultime, abrogate dal *referendum* popolare di giugno scorso e, conseguentemente, espunte dall'ordinamento per effetto del dpr 113 del 18 luglio u.s..

Il presente documento costituisce pertanto una prima riflessione rispetto ai contenuti del succitato decreto 138/11, nonché sui possibili effetti per i Comuni e le aziende partecipate, fermo restando - considerando il carattere "ripetitivo" di alcune disposizioni - quanto a suo tempo già espresso dall'ANCI in relazione all'articolo 23-*bis* del dl 112/08 ed al Dpr 168/10.

1. Disciplina degli affidamenti

Pur non volendo approfondire il merito della questione, che richiederebbe una specifica trattazione, è evidente il dubbio sulla legittimità costituzionale della immediata reintroduzione, in materia di servizi pubblici locali, di norme integralmente abrogate dal recente *referendum* popolare. **La disciplina proposta in materia di affidamenti quindi, non solo non appare in linea con gli esiti referendari e con la volontà popolare, ma anzi ne riduce la portata.**

In tal senso il carattere confuso, talora contraddittorio, e certamente non lineare delle norme, determina notevoli difficoltà applicative e pratiche per i Comuni.

Il testo impone, in relazione alla **liberalizzazione ed alla regolazione**, agli enti locali di valutare preventivamente (obblighi già contenuti nel Dpr 168/2010) - entro il 12.08.2012 e in ogni caso prima del conferimento o del rinnovo della gestione dei servizi - la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi.

Salva l'esistenza di norme legali di senso diverso, l'attribuzione di diritti di esclusiva è limitata ai soli casi in cui la libera iniziativa privata non possa soddisfare i bisogni della comunità. L'ente dovrà anche inviare all'*Antitrust* una delibera quadro, con gli esiti dell'analisi e le motivazioni sul potenziale regime di privativa. La base di partenza del processo diventa quindi la succitata analisi del contesto territoriale per verificare la possibilità di lasciare l'offerta

di servizi “al mercato”. Solo nel caso in cui ciò non fosse possibile l’ente locale potrà quindi **procedere all’attribuzione di diritti di esclusiva**.

La norma ribadisce che in tal caso, il conferimento della gestione del servizio può essere effettuata a:

- imprenditori individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;
- società miste, a condizione che al partner privato - selezionato con gara a doppio oggetto, con l’attribuzione di specifici compiti operativi - sia riconosciuto almeno il 40% del capitale sociale.

Vengono inoltre specificati i contenuti del bando di gara e delle lettere d’invito.

AmMESSo “in deroga” rispetto al modello ordinario della gara, l’affidamento in house (nel rispetto dei principi comunitari) ma solo se il valore economico del servizio non supera i 900.000,00 euro annui.

Non è, invece, previsto alcun intervento da parte dell’Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza.

2. Settori esclusi

Per quanto attiene l’ambito di applicazione delle nuove disposizioni, ne sono formalmente esclusi:

l’attività di distribuzione del gas naturale e dell’energia elettrica, il trasporto ferroviario regionale e le farmacie comunali, ma soprattutto il servizio idrico integrato. La norma, tuttavia, al contrario rispetto al recente passato, non contiene alcuna affermazione circa il carattere generale e prevalente della disciplina in essa contenuta rispetto alle norme settoriali.

Ciò, specialmente nel trasporto pubblico locale ma non solo, sarà fonte di diverse problematiche applicative, a fronte della vigenza di diverse normative (nel TPL: d. lgs. 422/97 s.m.i., legge 99/09 e reg. CE 1370/07) che incidono su analoghi aspetti della materia.

Considerata invece l’esclusione espressa per l’idrico, in questo settore le modalità di affidamento restano quelle afferenti la normativa comunitaria, che consentono in sostanza di affidare il servizio mediante:

- gara ad evidenza pubblica, in questo caso in base alle normative inerenti gli appalti o le concessioni di servizi;
- società mista mediante selezione con gara a doppio oggetto del socio privato non generalista (quindi operativo), in applicazione delle disposizioni inerenti il Partenariato Pubblico Privato, senza dunque vincoli relativi alla percentuale di capitale detenuta dal privato stesso;
- gestione in *house providing* purchè in possesso dei requisiti previsti dall’ordinamento comunitario.

Va inoltre considerato che, per il servizio idrico, il referendum ha sancito l’abrogazione della «remunerazione del capitale investito» nella norma del c.d. decreto ambientale che regolava la determinazione della tariffa, il che profila una ulteriore problematica rispetto alla già nota questione dell’abrogazione delle Autorità d’Ambito ed alla non operatività dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, istituita dal recente dl 70/2011 s.m.i.. Si tratta di delicate problematiche aperte che necessitano di urgente definizione.

3. Periodo transitorio per le gestioni in essere

E' stato inoltre reintrodotta il regime transitorio, rivisitato, che prevede **specifiche scadenze** per gli affidamenti non conformi alla nuova normativa, investendo anche le società quotate.

Tale riproposizione fa quindi sorgere nuovamente la problematica relativa alle gestioni esistenti ed alla conseguente automatica scadenza o l'illegittimità degli affidamenti in essere.

Restano attivi, fino alla scadenza naturale, gli affidamenti dei servizi effettuati a società pubbliche *in house providing* che soddisfano i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria (controllo sul gestore analogo a quello svolto sui propri organi, svolgimento dell'attività in via prevalente per l'amministrazione o le amministrazioni socie, capitale societario totalmente pubblico) il cui valore economico sia inferiore ai 900.000,00 euro annui.

Restano attivi, fino alla scadenza naturale, gli affidamenti effettuati a società miste con socio selezionato con c.d. gara a "doppio oggetto" (scelta del socio e affidamento del servizio).

Cessano invece al 31 marzo 2012 gli affidamenti diretti *in house* per servizi il cui valore economico sia superiore alla succitata soglia annua ed al 30 giugno 2012 quelli a società miste in cui il socio sia stato scelto con procedura competitiva, ma non avente il doppio oggetto. Scadono inoltre al 31/3/2012 gli affidamenti non rientranti nei succitati casi.

Ristabilito inoltre l'obbligo per i Comuni - per poter portare a scadenza i contratti in essere nel caso di affidamenti diretti effettuati al 1 ottobre 2003 a società quotate in borsa, loro controllate o collegate - di alienare parte delle partecipazioni azionarie detenute, scendendo a non più del 40% di capitale al 30/6/2013 e del 30% al 31/12/2015.

Alla luce delle considerazioni su esposte le amministrazioni si trovano pertanto a dover compiere nuovamente un'analisi dei propri affidamenti ed a verificarne la conformità alla disposizione sulla cessazioni *ex lege*, come disposta dalla normativa.

Si ripresenta quindi la problematica legata alla perdita di valore delle aziende - dovuta all'obbligo di vendita a determinate scadenze - elevando il rischio, tra l'altro, che la riorganizzazione/privatizzazione riguardi solo le società più appetibili. Ciò determinerebbe una liberalizzazione parziale con un "depauperamento" del pubblico, al quale potrebbero rimanere segmenti di mercato poco remunerativi (gare deserte), il che potrebbe destabilizzare anche il sistema dell'indotto locale, con un effetto depressivo sugli investimenti.

Per completezza va segnalato che il decreto contiene anche una disposizione inerente un apprezzabile, ma insufficiente, meccanismo incentivante legato proprio alla dismissione delle partecipazioni societarie che va però chiarito, ampliato e perfezionato, sia in merito a procedure che in quanto a certezza ed impiego delle risorse.

4. Limiti delle società a partecipazione pubblica

La manovra introduce nuovamente il principio di reciprocità (nel caso di partecipazione di società extra-UE) e la possibilità, per le società a capitale interamente pubblico di partecipare alle gare, in assenza di specifici divieti di legge. Proprio su quest'ultimo aspetto si rilevano incongruenze tra alcune disposizioni contenute nell'articolo. E' infatti previsto che i soggetti affidatari in regime di privata, diretti e non, possano ottenere affidanti *extra moenia* costituendo un soggetto giuridico distinto; altre contrastanti disposizioni sanciscono invece che i soggetti

affidatari diretti, loro controllate e collegate, non possano ricevere nuovi affidamenti o affidamenti in ambiti territoriali diversi né direttamente né partecipando a gare.

Unica deroga applicabile - oltre all'esclusione delle società quotate, loro controllate e collegate e del socio delle miste - la tanto discussa disposizione che permette di partecipare, su tutto il territorio nazionale alla prima gara avente ad oggetto i servizi già forniti.

Tale disposizione riproposta nella stessa dizione - che tante difficoltà aveva creato sia in sede interpretativa che operativa ed oggetto di differenti interpretazioni giurisprudenziali (Consiglio di Stato n. 2222/2011 - TAR Latina n. 217/2011 - TAR Umbria n. 152/2011) - è destinata a far sorgere diversi contenziosi.

Sarebbe stato opportuno invece garantire il principio della non discriminazione delle società *in house*, attraverso un intervento chiarificatore (anche rispetto alla non applicabilità alle società miste conformi alla disciplina), in mancanza del quale l'applicazione dei divieti resta alquanto complessa. Si dovrà procedere quindi caso per caso, attendendo ulteriori pronunce amministrative.

Vengono inoltre reinserite le norme sulle incompatibilità fra incarichi amministrativi inclusi i livelli dirigenziali e quelli societari, già presenti nell'ex dpr 168/2010, che avevano destato non poche criticità.

Alle considerazioni sin qui effettuate, in merito all'incertezza, si aggiungono le recenti disposizioni del dl 98/2011, la cd manovra di luglio, relativo al controllo della Corte dei Conti sui contratti di servizio e su comportamenti considerati elusivi del Patto di stabilità. Ciò inasprisce quindi le difficoltà operative e di scelta dei Comuni in materia di affidamento e lede profondamente l'autonomia gestionale ed amministrativa degli stessi.

Ulteriore gravame per le società in house riguarda il Patto di stabilità. Proprio mentre è necessario un allentamento dei vincoli dello stesso, come chiesto dai Comuni, il decreto ne ripropone invece l'estensione alle società *in house* (una simile previsione dell'articolo 23-*bis* fu oggetto di illegittimità nella sentenza della corte costituzionale n. 325/2010), secondo criteri da definirsi in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2 bis del dl 112/2008 smi e sottoponendone la vigilanza in capo alle stesse amministrazioni. Tale previsione potrebbe peggiorare i saldi del gruppo comunale costituendo una zavorra che, di fatto, limiterebbe ulteriormente il ricorso a tale modello di affidamento.

Si riapre inoltre la questione legata alla mancanza di coordinamento tra la nuova normativa e le disposizioni dell'articolo 14 comma 32 del dl 78/10 s.m.i., relativo alla cessione o liquidazione delle società già costituite dei Comuni con popolazione sotto i 30.000 abitanti e compresa fra 30.000 e 50.000, secondo specifici vincoli e divieti. Queste ultime non rientrano nel succitato periodo transitorio della manovra, ma si conformano agli obblighi ed alle deroghe del richiamato dl 78/10 in quanto a dimissioni, da effettuarsi entro il 31 dicembre 2012 (modifica contenuta nell'articolo 16 del dl 138/11 smi) per i comuni fino a 30.000 abitanti, ed il 31/12/2011 per i Comuni con popolazione compresa fra 30.000 e 50.000 abitanti, che possono detenere una sola società.

Non appare però del tutto chiara la portata di tali divieti rispetto alla reintroduzione nell'ordinamento della disciplina speciale in materia di servizi pubblici locali. Restano quindi dubbi e criticità che anche la Corte dei Conti, nella recente relazione del 30 agosto 2011 alle Commissioni Bilancio riunite di Camera e Senato - relativa alla conversione in legge del dl 138/11 - ha esplicitato evidenziando che ulteriori problematiche, in termini di coordinamento tra la nuova disciplina sui servizi pubblici locali e l'art. 14 comma 32 del DL 78/10 s.m.i., potranno sorgere in fase di attuazione delle disposizioni della manovra.

5. Problematiche di fondo

Alla luce di tali prime considerazioni, come da tempo sostenuto dall'ANCI, il quadro di riferimento del settore rimane confuso e fonte di molteplici incertezze interpretative e di applicazione.

Restano inoltre aperte alcune vicende già segnalate: abrogazione delle AATO nei servizi idrico e rifiuti con la conseguente regionalizzazione delle decisioni in materia; problematiche tariffarie dei servizi; norme della recente manovra di luglio sul computo delle spese delle aziende partecipate, rispetto al calcolo dei vincoli all'assunzione di personale per le amministrazioni locali.

Tutto ciò si ripercuote sui Comuni, chiamati a trovare il modo per continuare ad erogare servizi ai cittadini e sulle aziende, per le quali si determina il problema dell'accesso al credito, con conseguente "stallo" degli investimenti.

Rimane inoltre l'errore di metodo utilizzato dal legislatore che, ancora una volta, non ha visto l'attivazione delle opportune sedi di concertazione per il coinvolgimento degli enti locali nelle decisioni in materia creando una situazione insostenibile per gli stessi.