



AUDIZIONE SUL DL N. 135/2009

**“ART. 15, ADEGUAMENTO ALLA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI SERVIZI
PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA”**

*Commissione Affari Costituzionali
Senato della Repubblica*

Roma, 21 ottobre 2009

1. PREMESSA

Vi è un diffuso consenso nel ritenere che l'insufficiente crescita dell'economia del nostro Paese sia da attribuire ad una scarsa crescita della produttività e che tale inadeguatezza sia particolarmente rilevante nel comparto dei servizi pubblici locali (SPL).

In tale comparto da alcuni anni si è riconosciuta la necessità di stimolare il confronto competitivo, sia allargando l'area della concorrenza nel mercato che introducendo forme di concorrenza per il mercato in presenza di attività con caratteristiche di monopolio naturale.

La revisione contenuta nell'art. 23-bis della legge n. 133/08, di conversione del DL n. 112/08, rispondeva nel suo disegno originario a tali necessità, in coerenza con obiettivi di adeguamento del nostro ordinamento alla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia.

Come autorevolmente rilevato nella Deliberazione della Corte dei Conti n. 13 del 2008, relativa allo "Stato dei controlli sugli organismi partecipati dagli enti locali", però, con la riforma di cui all'art. 23-bis "l'avvicinamento a forme di liberalizzazione effettiva dei SPL appare estremamente cauto e il percorso [...] non chiaramente delineato".

L'art. 23-bis, al quale non ha fatto seguito, come avrebbe dovuto, il regolamento attuativo, pur facendo alcuni limitati passi avanti in tema di liberalizzazione, ha confermato alcune criticità di precedenti proposte legislative, ma ne ha sollevava di nuove, che rischiano di frenare il percorso di liberalizzazione dei SPL.

L'intento di modificare l'art. 23-bis va, quindi, accolto con favore, soprattutto perché l'art. 15 del DL 135/2009 cerca di superare alcune norme di oscura interpretazione. Nello specifico, si fa riferimento a:

- la chiarezza con cui si indica l'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico come unica forma di affidamento derogatoria ai conferimenti della gestione dei servizi "in via ordinaria". Per l'utilizzo della deroga, viene inoltre prevista l'espressione di un parere "preventivo" dell'Antitrust, da rendersi entro 60 giorni, decorsi i quali il parere si intende espresso in senso favorevole;
- la definizione dettagliata dei periodi transitori, rapportati a differenti tipologie di situazioni esistenti;
- le regole per la gestione "extraterritoriale" degli affidamenti diretti o effettuati tramite procedure non ad evidenza pubblica.

Nel complesso, anche le altre modifiche apportate con l'art. 15 costituiscono un passo in avanti verso il consolidamento di alcune regole fondamentali per imprimere una vera svolta alla liberalizzazione dei SPL.

Qualche perplessità si ritiene opportuno esprimere in ordine al trattamento riservato alla società quotate in borsa, con particolare riferimento alle gestioni *in house*.

Tale svolta deve essere fondata sull'affermazione di una concorrenza funzionale all'efficienza dei servizi stessi. In questa logica, imprenditoriale e competitiva, la gestione dei servizi pubblici locali non dovrebbe essere più "mestiere" degli enti locali, ma del mercato.

Le imprese ex municipalizzate che hanno realmente cambiato non solo forma giuridica, ma anche la loro capacità operativa, dovrebbero poter operare secondo logiche imprenditoriali e competitive, libere dai vincoli politici inevitabilmente collegati all'invadenza della partecipazione pubblica; quelle che ancora non l'hanno fatto, dovrebbero essere poste dinanzi all'alternativa della "contendibilità" o del ritorno alla gestione pubblica diretta, se questa seconda opzione si dimostrasse economicamente e socialmente l'unica praticabile. Il corrispettivo per gli enti locali non sarebbe irrilevante, perché potrebbero recuperare risorse ingenti per investimenti e svolgere un ruolo più appropriato di vigilanza e di garanzia per l'utenza.

Partendo da queste premesse, si analizza di seguito il testo dell'art. 15 rilevando, laddove esistenti, i nodi critici e fornendo eventuali indicazioni per il loro superamento, anche a livello di specifici settori.

2. PERIMETRO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA GENERALE

Il settore idrico, escluso dall'art. 23-bis dall'applicazione della normativa, viene reinserito con l'art. 15. Quest'ultimo prevede però un ampliamento dei settori esclusi dall'applicabilità della normativa. Il comma 1 infatti *conferma l'esclusione dalle norme in esame del servizio di distribuzione del gas¹ e la estende all'energia elettrica e al trasporto ferroviario regionale*.

La nuova regolamentazione dovrebbe quindi riguardare "solo" la gestione dei rifiuti urbani, il trasporto pubblico locale (diverso dal trasporto regionale ferroviario) nonché le risorse idriche e talune attività di minor incidenza economica come le farmacie comunali, l'illuminazione pubblica e la gestione di parcheggi comunali, comunque caratterizzati da un sistema di concessione di servizio con trasferimento del rischio di gestione e "corrispettivo" per la gestione da parte del cittadino-utente (cfr. art. 117, D.Lgs., n. 267/2000 e s.m.i.)

Viene quindi meno uno dei presupposti fondamentali assunti l'anno scorso per l'emanazione dell'art. 23-bis, ovvero la ravvisata esigenza di una disciplina unitaria come cornice di riferimento per tutti i servizi pubblici locali. Questo non in sé un aspetto negativo, purché le finalità di liberalizzazione poste sul piano generale trovino poi opportunità reali di attuarsi nell'ambito degli specifici settori.

Ad esempio, con riferimento al settore dei rifiuti, si pone il problema del mancato coordinamento con la legislazione specifica, che presenta contenuti più a-

¹ Settore escluso con l'art. 30, comma 26, Legge n. 99/2009.

vanzati sotto il profilo dell'apertura del mercato e dell'organizzazione integrata del servizio. Nella gestione dei rifiuti, infatti, ai sensi della legislazione di settore, gli affidamenti dovrebbero avvenire previa definizione degli ATO (Ambiti territoriali ottimali) e a seguito di procedura di gara; con la nuova disciplina si reintroduce invece l'affidamento diretto, sia pure con condizioni restrittive.

Analogo discorso vale per il trasporto pubblico locale, per il quale, l'applicazione della disciplina generale (ex art. 23-bis della legge n. 133/2008, rivista dall'art. 15 del DL n. 135/2009) non solo rinvia ulteriormente il passaggio definitivo alla gara come unico strumento di affidamento, ma modifica sostanzialmente gli assetti del settore. Va, a tal proposito, ricordato che il Reg. CE 1370/2007, in materia di servizi di trasporto pubblico locale, non limita gli Stati membri nell'assumere discipline maggiormente concorrenziali (come il D.Lgs. n. 422/1997) rispetto ad uno schema generale di riferimento dettato dalla regolamentazione comunitaria.

3. AFFIDAMENTI IN VIA ORDINARIA: SOCIETÀ MISTE PUBBLICO-PRIVATO

L'art. 15 consolida il rapporto tra la "regola" (gara) e la "deroga" (*in house*) alla disciplina generale sugli affidamenti introdotto dall'art. 23-bis: cioè l'affidamento della gestione avviene, di regola, con gara e solo in casi eccezionali si può ricorrere alla gestione *in house*.

Nell'art. 15 si chiarisce però un aspetto che era rimasto in ombra nel "vecchio" testo dell'art. 23-bis, concernente l'ammissibilità del modello della società mista, che viene configurato in coerenza con i prevalenti indirizzi dottrinari e giurisprudenziali, anche comunitari. È apprezzabile il chiarimento che tale forma di affidamento rientri tra quelle ordinarie solo a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

La fissazione di una quota privata non inferiore al 40% del capitale sociale rafforza il concetto di base, secondo il quale con la selezione del partner privato si intende individuare il vero motore dell'impresa, il soggetto cui demandare la gestione dell'azienda e la responsabilità dei risultati conseguiti in termini di efficienza e di efficacia aziendale, residuando in capo alla parte pubblica un compito di mero controllo interno dell'operato del "socio industriale".

Ci trovano, pertanto, ovviamente contrari gli emendamenti presentati a che mirano a diminuire la quota partecipativa minima del privato nella società mista e dunque, simmetricamente, ad accrescere il controllo pubblico sulla stessa.

Si rileva inoltre che è contenuta nell'art. 15 una precisazione importante sulle prestazioni del socio privato. Infatti, secondo gli orientamenti comunitari, nel partenariato pubblico-privato il socio pubblico deve limitarsi al controllo mentre l'operatività deve essere affidata al socio privato. Ciò generalmente non avviene nel nostro Paese, dove al socio privato sono spesso attribuiti compiti marginali, lasciando la vera operatività alla partecipazione pubblica della società.

L'art. 15 dovrebbe superare l'equivoco, in quanto espressamente prevede *l'attribuzione al socio privato "dei" compiti operativi e non "di" compiti operativi*.

Siamo pertanto in disaccordo con quanto emerso negli emendamenti presentati, che propendendo per la seconda dizione (*attribuzione al socio privato "di" compiti operativi*) tendono a ridurre il ruolo del privato nell'ambito delle società miste.

4. AFFIDAMENTI IN HOUSE E RUOLO DELLE AUTHORITY

Il testo dell'art. 15, rispetto al precedente testo dell'art. 23-bis dal contenuto piuttosto generale, indica con chiarezza l'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico come unica forma di affidamento derogatoria ai conferimenti della gestione dei servizi "in via ordinaria".

Dalla lettura della norma sembrerebbe che vengano introdotti ulteriori limiti e restrizioni all'*in house*. Un elemento che viene portato a sostegno all'introduzione dei maggiori vincoli all'*in house* è l'aggettivo "*eccezionali*" inserito al comma 1, capoverso 3, dopo il sostantivo "*situazioni*", che però non aggiunge nulla di sostanziale alla norma precedente.

In verità, già a legislazione vigente (ex art. 23-bis) affida all'Antitrust un ruolo importante, ma non determinante nel porre dei limiti apprezzabili al dilagare del fenomeno.

L'Antitrust ha, ad esempio, espresso parere negativo nella quasi totalità dei casi ad essa sottoposti, ritenendo inammissibile la gestione *in house* qualora esista, sia pure solo potenzialmente, un soggetto (privato o pubblico) disposto ad assumere il servizio.

È in ogni caso positivo che venga potenziato il ruolo dell'Antitrust, al quale viene conferito il compito di esprimere un parere "preventivo" entro 60 giorni, decorsi i quali il parere si intende favorevole. Ma sarebbe auspicabile tale parere fosse vincolante e allungare i tempi per l'emanazione del parere rispetto ai 60 giorni indicati nel 23-bis. Come pure è auspicabile la reintroduzione dell'affiancamento del parere dell'Antitrust con quello dell'Autorità di regolazione del settore. Il rischio infatti è quello di una mole eccessiva di richieste di deroga che potrebbe rendere molto difficile l'emanazione dei pareri in tempi utili.

Sotto questo profilo, andrebbe riconsiderata la sostituzione del Comitato di vigilanza per le risorse idriche con una semplice "commissione" e mirare alla costituzione di una vera *authority* di settore.

Più in generale, data la delicatezza delle forme e dei contenuti operativi, con i quali possono essere operati gli affidamenti con gara, andrebbe previsto un intervento di supporto tecnico e di verifica formale anche dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, al fine di evitare che obiettivi fondamentali di apertura alla concorrenza possano essere vanificati da incoerenti modalità di gara.

Sotto il profilo formale, si osserva inoltre quale dato positivo il riferimento esplicito alla *gestione in house*, laddove nel precedente testo dell'art. 23-bis si parlava solo di *forme rispettose della disciplina comunitaria*.

Nel tentativo di porre limiti sempre più stringenti al dilagare del fenomeno dell'*in house*, in senso più generale e non circoscritto ai servizi pubblici locali, tra gli emendamenti proposti all'art. 15 Confindustria chiede il ripristino del testo dell'art. 13 del "Decreto Bersani" del 2006, attualmente modificato dall'art. 48, Legge n. 99/2009, che riduce la posizione di vantaggio delle società *in house* sul libero mercato², in quanto prevede che:

"Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti"

Viene quindi eliminato il vincolo per le società *in house* ad operare esclusivamente in Italia e per l'ente che le ha create, vincolo che era stato introdotto dall'art. 13 e che era finalizzato ad evitare che tali società invadessero il libero mercato da una posizione di vantaggio.

La nuova norma (citato art. 48, DL n. 99/2009) fa sì che esse possano operare anche per altri soggetti e all'estero, con il risultato di configurarsi come concorrenti (sleali) delle imprese private non solo sul mercato italiano, ma anche a livello internazionale, in quanto dotate di spendibili requisiti di capacità tecnica ed economica rilevanti, derivanti dalla loro "riserva di attività" con gli enti locali che le hanno costituite e mettendo in seria difficoltà le imprese private che operano sul mercato.

² Art. 13, DL n. 223/2006 (modificato dall'art. 48, Legge n. 99/2009): "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare **esclusivamente** con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti."

5. PERIODO TRANSITORIO

Positiva è la decisione di regolare la transizione direttamente con la norma primaria, senza demandare tale compito alla fase regolamentare (come accadeva con l'art. 23-bis).

E' opportuno evidenziare che l'art. 15 prevede un periodo transitorio, articolato per fattispecie – lettere da a) ad e) del nuovo comma 8 – che determina un rinvio dei termini già previsti dall'art. 23-bis, che, a sua volta, prevedeva un periodo transitorio che implicava ulteriori rinvii ai fini dell'applicazione.

Basti ricordare che l'art. 113 del D.Lgs n. 267/2000, nel testo risultante dai diversi interventi legislativi attuati nella seconda metà del 2003, prevede(va), al comma 15-bis, che:

“Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.”

Se tale processo di rinvio può essere accettabile, ove non vi siano principi o norme comunitarie di riferimento specifico ed obbligatorio, in settori non normati, non è invece accettabile che per alcuni di essi, come l'attività di igiene urbana/gestione rifiuti urbani che rientra appieno nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie n. 92/50 e n. 18/2004 in materia di appalti pubblici di servizi (allegato II, punto 16); quindi il rinvio dell'applicazione dei limiti comunitari all'*in house* devono direttamente essere valutati come disapplicazioni effettive di norme comunitarie in vigore.

In altri termini, il rinvio dal 31 dicembre 2006 al 31 dicembre 2010 ai sensi della lettera e) del comma 8, relativo agli affidamenti diretti non riconducibili al modello dell'*in house* implica solo che si stanno “mantenendo in vita” affidamenti non coerenti con il diritto nazionale e comunitario.

Perplessità sorgono anche per la decadenza prevista dalla lettera b) del nuovo comma 8 (*le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011*) in quanto si incide su intese di natura pattizia e legittime, intercorse a seguito di procedura ad evidenza pubblica.

La decadenza prevista per gli affidamenti diretti in essere (*in house*) risulta infine poco efficace. Si evidenzia che nulla osta, allo stato, a che, una volta decaduto, l'affidamento *in house* possa essere reiterato alla stessa società, rispettando la nuova procedura e la nuova normativa. E' cioè caduta la previsione contenuta nell'art. 23-bis dell'obbligatorio ricorso a gara alla scadenza degli affidamenti diretti.

In altri termini, sia pure con alcune condizioni, anche procedurali (parere non vincolante dell'Antitrust) innovative, l'*in house* permane a pieno titolo come forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Tanto premesso, non si ritengono giustificati i rinvii – ulteriori rispetto a quelli già previsti dall'art. 23-bis testo originario - del momento di decadenza degli affidamenti diretti in essere.

Per quanto sopra, gli emendamenti presentati a questa Commissione, che chiedono un'ulteriore dilazione delle scadenze fissate per la cessazione degli affidamenti *in house*, ci trovano fortemente contrari. Ancora una volta, sembra che i ventilati intenti liberalizzatori del mercato siano il “vestito” che copre un ulteriore rinvio, a tutela degli affidamenti *in house* in essere, facendo salvi anche quelli già oggi palesemente in contrasto con il diritto comunitario.

6. AFFIDAMENTI DIRETTI O TRAMITE PROCEDURE NON AD EVIDENZA PUBBLICA: ACQUISIZIONE DI SERVIZI ULTERIORI O EXTRATERRITORIALI

La “riforma” di cui all'art. 15 prevede che *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui e' 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”*.

Rispetto al testo dell'art. 23-bis il divieto viene esteso alle società miste.

Il riferimento alle società miste però presenta un aspetto problematico che ne determina la oggettiva inapplicabilità: se è corretto che le società miste non possano estendere la propria attività al di fuori di quanto è stato oggetto di procedura ad evidenza pubblica in sede di scelta del partner operativo (si veda in tal senso le conclusioni, par. VII, dell'Avvocato Generale presso la CGE del 2 giugno 2009, in C-196/08), è invece del tutto incongruo che – per effetto di quanto *letteralmente* previsto dall'art. 15, comma 1, lett. d), capoverso 9 – i soci privati delle stesse, pur se selezionati con la procedura competitiva di cui al comma 1, lettera b), in quanto aventi una partecipazione di controllo ai sensi del codice civile, art. 2359, punti 2 e 1, non possano partecipare a gare.

Pur trattandosi di una distorsione applicativa presumibilmente non valutata e non voluta, la lettura della norma è chiara ed in contrasto con gli stessi obiettivi dichiarati di favorire i cd. “PPP istituzionali”, oltre che con le norme comunitarie in materia di concorrenza.

Inoltre, si ritiene opportuno evidenziare come l'estensione del divieto di cui sopra anche ai *“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”* sia una disposizione incongrua, forse frutto anche di errori materiali, in contrasto con i principi concorrenziali in tutti quei casi, frequenti nel settore della gestione dei rifiuti, in cui la gestione dell'impianto (di proprietà dell'ente locale) sia stata acquisita a seguito di gara pubblica.

Occorre modificare il comma, precisando che tale limitazione concorrenziale può valere solo per le imprese aggiudicatrici dirette/*in house*, non per le imprese “affidatarie” della gestione di un impianto pubblico a seguito di regolare procedura ad evidenza pubblica.

Tutto il comma 9 pone limitazioni concorrenziali che vanno ben oltre l'obbligo, di matrice comunitaria e riferito solo alle aziende *in house*, di svolgere attività o servizi in maniera prevalente o esclusiva per l'ente o gli enti pubblici che esercitano il “controllo analogo”.

Non convince, inoltre, che anche affidamenti ottenuti all'estero – da imprese italiane o estere – con procedure non competitive, legittime secondo gli ordinamenti di tali Paesi, possano impedire alle società di partecipare a gare in Italia.

7. SOCIETÀ QUOTATE IN MERCATI REGOLAMENTATI

Le c.d. “quotate in mercati regolamentati” oggetto della disciplina sono società a prevalente capitale pubblico locale, o comunque a controllo locale secondo il codice civile, partecipate da uno o più comuni, quotate in borsa alla data del 1° ottobre 2003, e caratterizzate da una significativa presenza di capitale privato per effetto di tale collocamento; tali società, è noto, operano anche in territori diversi da quelli dell'ente o degli enti pubblici di riferimento, per lo più in via “privatistica”, e cioè avendo acquisito tali gestioni o tali attività a seguito di procedura ad evidenza pubblica.

La disciplina prevista per le dette “quotate” dall'art. 15 in parola, che modifica in parte le previsioni contenute nel testo “originario” dell'art. 23-bis, appare apprezzabile in quanto volta ad una definitiva configurazione di tali soggetti come società di diritto civile, operanti nel mercato in concorrenza a prescindere dalla “proprietà” – pubblica o privata o mista – del capitale; del resto già a partire dal collocamento in Borsa non altro poteva essere il “destino” di tali società.

La norma suscita qualche perplessità circa il periodo transitorio per gli affidamenti diretti a società pubbliche quotate in borsa: innanzitutto, perché si tratta comunque di affidamenti effettuati in modo difforme dalle procedure competitive previste dalla nuova normativa; in secondo luogo, perché appare contraddittorio il fatto che tanto più la società diviene privata a tutti gli effetti (tramite ridu-

zione della partecipazione pubblica), tanto più le si garantisce una condizione di monopolio non contendibile sul proprio affidamento.

Il diritto comunitario, infatti, esclude la legittimità di affidamenti diretti a società caratterizzate dalla presenza di capitale privato, in quanto la presenza di capitale privato esclude alla radice che si possa ravvisare quel requisito essenziale dell'*in house* costituito dal "controllo analogo" (cfr. sentenza Corte di Giustizia Europea del 11/1/2005, causa C-26/03, Stad Halle e RPL Lochau; sentenza CGE 21/7/2005, causa C-231/03, Coname).

Da parte di alcune nostre associate è stata ventilata l'ipotesi di un ricorso alla Commissione Europea se la disciplina di favore per le quotate dovesse permanere. Secondo queste ultime, appare del tutto illegittimo sotto il profilo comunitario che, con una nuova legge, si assicuri la persistenza degli affidamenti diretti (*in house*) fino alla scadenza dei contratti di servizio (se esistenti), per lo più di lunga o lunghissima durata, subordinando tale condizione ad un processo di privatizzazione parziale, cioè accentuando l'aspetto di illegittimità determinato dalla presenza di capitale privato incompatibile con la nozione di *in house*.

Non è inoltre legittimo che tali società, pur mantenendo (illegittimamente, come visto sopra) tutti gli affidamenti diretti (*in house* o presunti tali) in essere, non siano neanche tenute ad operare con il criterio della esclusività o della prevalenza rispetto agli enti pubblici locali che ne hanno, singolarmente o congiuntamente, il "controllo" (presunto o reale), in quanto per tali imprese è espressamente previsto che possano partecipare a gare e acquisire nuovi servizi (nuovo comma 9, art. 23-bis)³.

Facendo un passo indietro, la previsione dell'obbligo di riduzione della partecipazione pubblica induce a qualche perplessità.

Il periodo di tempo concesso per realizzare tale condizione risulta particolarmente breve a fronte di una consistente offerta: ciò potrebbe causare un crollo dei prezzi di scambio sul mercato, in danno degli azionisti pubblici e privati. Occorre quindi rivedere e prolungare la tempistica.

Non è inoltre condivisibile che la prospettiva di queste società di poter proseguire l'attività di gestione dei servizi loro affidati (e quindi di svolgere la loro missione economica) dipenda dal comportamento unilateralmente assunto da una categoria di soci (i soci pubblici locali).

In definitiva, il valore della società, costituito dagli affidamenti, nella quale hanno investito attraverso il mercato i soci "risparmiatori" potrebbe essere grave-

3 La motivazione che giustifica la salvaguardia di tali società sembra risiedere soprattutto nell'esigenza di tutelare l'investimento. Coerentemente con tale esigenza sarebbe necessario estendere la salvaguardia a tutte le società quotate (alla data del 1° ottobre 2003, come previsto originariamente dall'art. 113, comma 15-bis, del Testo Unico degli Enti Locali n. 267/2000) e non solo a quelle a partecipazione pubblica. La salvaguardia delle gestioni svolte dalle società a partecipazione pubblica quotate (al 1° ottobre 2003) è condizionata alla circostanza che la partecipazione pubblica scenda a non più del 30%, entro il 31.12.2012.

mente compromesso da decisioni assunte dai soci pubblici (al di fuori degli schemi contemplati dal diritto societario).

Occorre inoltre considerare gli ulteriori fattori di instabilità introdotti da una simile disciplina. Gli affidamenti di cui sono titolari tali società non provengono necessariamente dagli enti pubblici che le hanno in origine costituite e che ne sono soci (per cui possono valutare le conseguenze delle decisioni che vanno ad assumere – in termini di eventuale riduzione della loro partecipazione – con riferimento alla gestione dei servizi dai medesimi affidati alla Società), ma possono essere assentiti da altri soggetti istituzionalmente responsabili della gestione dei servizi, quali – ad esempio per la gestione del Servizi Idrici Integrati (SII) – gli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO).

In taluni casi gli ATO hanno affidato la gestione del SII con annesso obbligo di realizzare interventi di respiro pluriennale, dalla cui attuazione dipende il raggiungimento di obiettivi di qualità del servizio, salvaguardia ambientale ecc., imposti dalla stessa CE. Questi obiettivi di valenza non solo economica potrebbero essere compromessi dalla decisione dei soci pubblici di non ridurre la loro quota di partecipazione, entro il 2012, al di sotto del 30%. Ossia la decisione di alcuni soci (pur se rilevanti) potrebbe mettere in discussione la corretta realizzazione di ingenti investimenti in infrastrutture aventi rilevanza pubblica, di cui sono responsabili, sul piano istituzionale, altri soggetti (gli ATO).⁴

In conclusione, se si volesse riconoscere un premio a queste società per l'essersi collocate prima di altre in una prospettiva imprenditoriale, si potrebbe prevedere un periodo transitorio più lungo, unito al divieto di partecipare a gare fino al suo termine.

8. REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE

Viene confermata la delega al Governo per l'emanazione di uno o più regolamenti. La scadenza per l'emanazione del regolamento viene differita al 31 dicembre 2009.

Ci si trova ancora una volta di fronte ad un regolamento cui sono affidati i "fondamentali" della materia. Spetta infatti al regolamento:

4 Le nuove disposizioni si limitano a sancire l'anticipata scadenza degli affidamenti assentiti a favore di gestori che non rispondano ai requisiti introdotti, senza prevedere percorsi alternativi. Si osserva che la cessazione anticipata degli affidamenti (2011) a favore di Società Miste che abbiano scelto il Socio con gara (senza prevedere l'attribuzione di compiti operativi), e la cessazione (2010) degli affidamenti a tutte le altre Società Miste, unita al divieto di sviluppare l'attività sia nel settore pubblico che nel settore privato, determinano una automatica quanto inutile distruzione di valori economici generati da anni di gestione. Sarebbe necessario prevedere una soluzione alternativa alla pura e semplice "cessazione degli affidamenti" che consentisse ai soci "enti locali" di "mettere in gara" le quote possedute dai soci privati scelti in modo non conforme alle nuove disposizioni (o anche le quote detenute dai soci pubblici).

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

Con specifico riferimento alla delega con cui si prevede *l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti affidatari diretti dei servizi pubblici locali*, si rileva che l'obbligo del rispetto del "patto di stabilità" già esiste nell'ordinamento secondo gli indirizzi della Corte dei Conti, con il provvedimento in esame a parole viene formalmente istituito, ma in realtà viene procrastinato. Devono in ogni caso essere esplicitamente escluse da tale previsione le società a partecipazione mista pubblica e privata.