

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*

di Enzo Maria Tripodi**

L'annuale appuntamento con il Decreto c.d. "Milleproroghe" (d.l. 29 dicembre 2010, n. 255, come convertito dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10) ha comportato delle novità nella complessa materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la cui disciplina – nell'intreccio tra esigenze delle amministrazioni e salvaguardia dei principi del diritto comunitario (si pensi al tema degli affidamenti c.d. "in house") - è contrassegnata da una notevole variabilità e dall'assenza di un quadro unitario ed omogeneo.

Nel presente contributo vengono brevemente ricostruite le linee generali di detta disciplina, contenuta, nei suoi termini principali, nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e successive modifiche.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il disegno contenuto nell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 (in estrema sintesi) – 3. Segue: la questione degli affidamenti *in house* – 4. Il Regolamento attuativo introdotto con il DPR n. 168/2010 – 5. L'articolo 14, comma 32, della legge n. 122/2010.

1. Premessa

Il nostro paese è, decisamente, contrassegnato da una profonda terziarizzazione dell'economia che, negli ultimi anni, ha sottratto spazio ad una caratterizzazione di matrice industriale come viene evidenziato dagli osservatori attenti che non discettano più della presunta subalternità, per segnalare – al contrario – il maggiore valore aggiunto dei servizi e le potenzialità di un settore che potrebbe costituire il vero volano per il rilancio della nostra economia¹. Non è un caso che il lungo dibattito che ha portato all'emanazione della nota Direttiva "servizi" non ha riguardato alcuno dei presupposti circa il valore del mondo dei servizi e la crescita che lo ha contraddistinto, quanto sui problemi derivanti dalla difesa degli "spazi" nazionali².

Tra i servizi di maggiore rilievo si collocano i servizi pubblici locali a rilevanza economica che costituiscono, nella loro struttura "reticolare", delle infrastrutture i cui legami con il territorio le collocano tra i principali "attori" della coesione sociale e dello sviluppo economico³.

* Il contributo è in corso di pubblicazione sul n. 1/2011 di *Disciplina del commercio e dei servizi*.

** Coordinatore INDIS-Unioncamere.

¹ R. ABRAVANEL, L. D'AGNESE, *Regole*, Milano, 2010.

² E.M. TRIPODI (a cura di), *L'attuazione della Direttiva Bolkestein. La disciplina nazionale e regionale*, Rimini, 2010.

Per l'incidenza del diritto comunitario sui servizi pubblici locali v. D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; M. PELLINGRA CONTINO, *Uno sguardo di insieme alla liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale tra disciplina nazionale e normativa comunitaria*, in *Giustamm.it*.

³ «Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza, non si può far ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo o meno della loro erogazione tramite attività d'Impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione, tenendo presente che in effetti, qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da Enti pubblici e comunemente

Ciò in virtù del diretto collegamento con le esigenze delle imprese (fornitori e clienti), con la gestione dei servizi da parte degli enti locali, nonché della quota non secondaria di lavoratori impiegati in detto contesto. Ne consegue che l'attenzione ai servizi pubblici locali dovrebbe partire dalla considerazione della loro rilevanza proprio in ragione dei potenziali spazi di crescita; tuttavia, a causa dell'attuale situazione di crisi, la volontà espressa è quella di procedere in direzione contraria, facendo privilegiare alla spesa pubblica il sostegno alla produzione ed all'occupazione, ridimensionando sensibilmente i trasferimenti per il sostegno ai servizi con la conseguente riduzione dei finanziamenti per gli investimenti.

La stessa Confindustria non ha mancato di rilevare 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, sia introducendo forme di concorrenza per il mercato in presenza di attività con caratteristiche di monopolio naturale»⁴.

Gli snodi della "politica" sui servizi pubblici locali – che, va detto, non ha lo stesso *appeal* della cura con cui si tende ad occuparsi del settore industriale – sono da tutti ben conosciuti:

a) la previsione di una disciplina normativa chiara, coerente e "stabile", in luogo di un panorama frammentario, disarticolato e spesso contraddittorio che ha segnato i tentativi di dare al settore un assetto finalmente compiuto;

b) l'impiego di un approccio pro-concorrenziale che non si traduca, *sic e simpliciter*, nello slogan "privatizzazione", laddove si dà per presupposto che un privato possa far funzionare meglio delle strutture estremamente complesse per l'intreccio tra l'esigenza (sociale) di garantire dei servizi "accessibili" e il tema degli *assets* di rete formati, nei decenni, dalle risorse della finanza pubblica⁵;

c) l'individuazione di regole "minime" sul livello delle tariffe, collegate anche ad indici della qualità delle gestioni e dei servizi resi all'utenza⁶;

considerata priva di rilevanza economica – attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'Impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica –, può essere svolta in forma d'Impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle Imprese, per procurarsi le relative prestazioni, occorrendo all'uopo al ricorso a un parametro relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio» (Così Cons. Stato, Sez. V., 10 settembre 2010, n. 6529, in *Cons. Stato-TAR*, 2010, I, p. 1024).

Sui servizi pubblici, in una bibliografia sterminata, v. P. MARRONE, S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Roma, 2011; AA.VV., *Guida ai servizi pubblici locali*, Matelica, 2010; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; G. BASSI, *Servizi pubblici locali e società di gestione. Aspetti ordinamentali e opzioni strategiche nell'ottica della liberalizzazione*, Rimini, 2010; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008. Resta, inoltre, ancora valido per considerazioni di inquadramento generale, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003.

⁴ CONFINDUSTRIA, *Audizione sullo schema di DPR recante regolamento di attuazione dell'art. 23-bis, comma 10, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Camera dei Deputati, Commissione Affari Costituzionali, 7 luglio 2010.

⁵ Emblematiche le annotazioni di F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in *Giustamm.it.*, cui adde, M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, p. 41 ss.

⁶ Cfr. B. SPADONI, *Il contratto di servizio nella regolazione e nella liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *dirittodeiservizipubblici.it*. Per il servizio idrico v., per tutti, INDIS, *Il servizio idrico in Italia. Rapporto 2004*, Rimini, 2005, p. 157 ss.

d) la trasformazione delle imprese del settore in imprese che agiscono in una logica di tipo “industriale”⁷;

e) l’affidare ad una regolazione di secondo livello l’indicazione degli obiettivi di efficienza, distinguendo la parte, per così dire, “pubblicistica” da quella gestionale, magari riservando tale compito ad una Autorità indipendente per il settore idrico e dei trasporti, ovvero affidare tali compiti all’Autorità per l’energia elettrica ed il gas che, nei servizi di sua pertinenza, ha dato prova di ampie capacità regolatorie cosa che non può dirsi, per es., per il servizio idrico ancora, per una parte non trascurabile del nostro paese, affidato ad una “gestione” transitoria derivante dalla Legge Galli;

f) l’affrancare gli enti locali da un evidente “conflitto di interessi”, laddove il soggetto che gestisce detti servizi è controllato da chi dovrebbe imporgli le regole di gestione/governo di beni pubblici⁸.

Nel quadro di questioni appena tratteggiate si inserisce l’ennesima riforma dei servizi pubblici locali che, come detto, ha una storia recente almeno ventennale⁹.

La materia, dapprima inserita nell’art. 22 della l. n. 142/1990, poi trasfuso nell’art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, articolo che ha subito una radicale trasformazione con l’introduzione, nel testo unico, di un art. 113-bis (ad opera della l. n. 448/2001 – Legge finanziaria per il 2002). Poi, più di recente, dopo la l. n. 326/2003, la materia è stata nuovamente ridisegnata con l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (convertito nella l. n. 133/2008), cui è seguito il d.l. n. 135/2009 (convertito nella l. n. 166/2009)¹⁰ ed il d.p.r. n. 168/2010 e l’art. 14, comma 32, della l. n. 122/2010.

Da ultimo, il decreto c.d. «Milleproroghe», oltre a “dilazionare”, al 31 marzo 2011, il regime transitorio delle gestioni dei servizi pubblici che non rientrano nei casi di cui al citato art. 23-bis, comma 8, lett. da a) a d), ha riformulato, in parte, il menzionato art. 14, comma 32¹¹.

2. Il disegno contenuto nell’art. 23-bis del d.l. 112/2008 (in estrema sintesi)

La disciplina – richiamando principi di diritto comunitario – si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica anche se, come si dirà, non mancano le eccezioni.

L’affidamento della gestione di tali servizi avviene secondo le seguenti modalità:

a) mediante gara ad evidenza pubblica¹²;

b) mediante la costituzione di società di capitali pubblico-privata in cui il socio privato, con capitale non inferiore al 40%, è scelto attraverso una gara ad evidenza pubblica;

c) mediante affidamento a società *in house*, con capitale interamente pubblico, rispetto alla quale gli enti locali esercitano il c.d. “controllo analogo” sulla base dell’elaborazione comunitaria sulle gestioni “*in house*”¹³.

L’affidamento *in house* è considerato in deroga alla procedura ordinaria e deve essere motivato da «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali,

⁷ Questione – evidentemente – di tutto rilievo rispetto all’abuso di affidamenti diretti e di *in house providing*.

⁸ L. GIAMPAOLINO, *I servizi pubblici locali tra la tutela dell’interesse pubblico e il mercato: il ruolo e le garanzie per le pubbliche amministrazioni*, in *Giustamm.it*.

⁹ Se si volesse risalire ancora più indietro basta il riferimento all’art. 2, r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 (TU delle leggi sull’assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni e delle Province), che prevedeva le “Aziende speciali” (quelle che poi diventeranno note come “Aziende municipalizzate”).

¹⁰ G. BASSI, *Servizi pubblici locali e processi di liberalizzazione: la “controriforma” di fine estate*, in *App. e contratti*, 2009, 11, p. 8 ss.; E. FURNO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero l’art. 23 bis della L. 20 novembre 2009, n. 166*, in *Giustamm.it*.

¹¹ Cfr., rispettivamente l’art. 1, comma 1 e l’art. 2, comma 43, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 255, come convertito dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10 (c.d. Decreto “Milleproroghe”).

¹² V., di recente, Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2010, n. 7024, in *Cons. Stato-TAR*, 2010, I, p. 1074.

¹³ Di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». Qualora ricorrano queste condizioni, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e, contestualmente, trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine (senza la previsione di alcuna possibilità di interruzione), il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole¹⁴. Dubbia è la situazione in cui il parere reso sia negativo. Per un verso, l'ente locale può sicuramente procedere all'affidamento, con l'obbligo di adeguata motivazione del provvedimento; per l'altro, l'affidamento in difformità del parere non è stato regolamentato espressamente dal legislatore, per cui non è pacifica l'illegittimità del provvedimento, anche perché occorrerebbe individuare i margini di tale difformità.

Vale, inoltre, il principio della prevalenza delle attività, secondo cui l'impresa affidataria del servizio non può svolgere altre attività (tenuto conto della loro incidenza in termini di fatturato) poiché, attraverso l'esclusiva sulla gestione del servizio concesso, finirebbe per incidere significativamente sul suo potere di mercato se potesse operare anche in altri settori. Ciò vale, a maggior ragione, per le gestioni *in house*, laddove la possibile presenza sul mercato è (e deve essere) del tutto residuale.

Con riferimento alle reti, queste restano di proprietà pubblica anche se la loro gestione può essere affidata a soggetti privati. E, fin qui, la fatica dell'ovvio, salvo che le "reti" non comprendono anche gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali funzionali allo svolgimento del servizio, sicché non può escludersi la possibilità di una proprietà privata con riferimenti a questi ultimi.

La disciplina – nel rinviare ad un regolamento di attuazione per alcune specificazioni – fornisce le opportune indicazioni per gli affidamenti non conformi (c.d. regime transitorio):

a) le gestioni *in house* in essere alla data del 22 agosto 2008 cessano il 31 dicembre 2011 a meno che le amministrazioni non cedano almeno il 40% del capitale delle società di gestione a soggetti privati individuati con gara ad evidenza pubblica. In questo caso le gestioni cessano alla scadenza indicata nel contratto di servizio¹⁵;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante una gara ad evidenza pubblica, ma non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. gare a "doppio oggetto"), cessano *automaticamente ed improrogabilmente* il 31 dicembre 2011; Se, invece, la gara abbia riguardato la partecipazione societaria e la gestione del servizio, la gestione non decade ma cessa alla scadenza prevista dal contratto di servizio;

c) gli affidamenti diretti, assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica quotate in borsa, 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% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015.

Gli affidamenti cessano, rispettivamente, alle date sopra indicate se non sono rispettate le menzionate condizioni, ossia per le società in cui il socio pubblico non ha ridotto la sua quota nemmeno del 40%, ovvero per le società in cui il socio pubblico non ha ridotto la sua quota almeno del 30%;

¹⁴ F. POLETTINI, *In house providing e concorrenza*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 157 ss.; F. VESSIA, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 31 ss.

¹⁵ G. BASSI, *Servizi pubblici locali e riforma "Ronchi": percorsi di riposizionamento e strategie di transizione per le società in house providing* (I parte), in *App. e contratti*, 2010, 3, p. 70 ss.; (II parte), *ivi*, 2010, 4, p. 40 ss.

d) le gestioni affidate fuori dai casi indicati la cui cessazione era fissata al 31 dicembre 2010 è stata oggetto di una proroga al 31 marzo 2011 e, forse, al 31 dicembre 2011¹⁶.

Come si diceva, le disposizioni dell'art. 23-bis – che prevalgono sulle discipline settoriali dei singoli servizi in caso di incompatibilità – non riguardano tutti i servizi e, infatti, non trovano applicazione ai seguenti:

- 1) la distribuzione del gas naturale, di cui al D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164¹⁷;
- 2) la distribuzione dell'energia elettrica, di cui al D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239;
- 3) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475;
- 4) il trasporto ferroviario regionale, di cui al D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422¹⁸.

Mentre l'esclusione della distribuzione del gas non desta preoccupazioni posto che la disciplina di settore va nella direzione pro-concorrenziale, sembra contraddittorio lasciare la distribuzione dell'energia elettrica ed il trasporto ferroviario locale fuori dalle prospettive di una gestione di mercato (soprattutto, quando, sulla prima c'è perfino una *Autorità* di riferimento). Quanto, infine, alla distribuzione dei farmaci, non vi è chi non veda come la "socialità" del servizio non necessariamente collida con gli interessi di una efficiente gestione privatistica (come più volte affermato dall'Autorità garante della concorrenza)¹⁹.

3. Segue: la questione degli affidamenti *in house*

Con l'espressione "affidamenti in house" (o *in house providing*) s'intendono le situazioni in cui l'ente pubblico, in luogo di procedere all'affidamento all'esterno per l'acquisizione di beni o servizi – soprattutto nei casi in cui è richiesta una procedura ad evidenza pubblica – provvede a detta acquisizione attribuendo l'appalto o il servizio ad altro soggetto od organismo pubblico mediante un affidamento senza l'effettuazione di una gara. Si tratta di un modello che, implicando l'autorganizzazione della pubblica amministrazione, fuoriesce dall'applicazione di regole di mercato ponendosi, quindi, in evidente discrasia con i principi generali stabiliti dal Trattato Istitutivo delle Comunità Europee a tutela della concorrenza e del mercato e a presidio della garanzia di massima trasparenza in materia di affidamento e stipulazione di contratti pubblici, nonché con i principi e le norme dell'ordinamento nazionale in tema di imparzialità, trasparenza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Dato questo carattere, il regime degli affidamenti c.d. "in house" è stato oggetto di numerose pronunce della Corte di giustizia (e, poi, dei giudici nazionali) che, progressivamente, ne hanno circoscritto i confini di ammissibilità²⁰.

¹⁶ Il termine è stato prorogato dall'art. 1, comma 1, del D.L. 29 dicembre 2010, n. 255, come convertito dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (c.d. Decreto "Milleproroghe"). In base al comma 2 di detta disposizione, tuttavia, con DPCM, da adottarsi in concerto con il Ministro dell'economia, può essere disposta l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2011.

¹⁷ G. SCARAFIOCCA, *Il servizio di distribuzione del gas dopo l'art. 23 bis del d.l. 112/08 (alla luce delle prime bozze del regolamento e delle più recenti decisioni giurisprudenziali)*, in *Giustamm.it*.

Per gli interessi da perseguire e l'incidenza di circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete v. Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7454, in *Cons. Stato-TAR*, 2010, I, p. 1157.

¹⁸ A. SANTUARI, *Note sul trasporto pubblico locale alla luce delle recenti modifiche dell'art. 23-bis*, in *Giustamm.it*; A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, *ivi*.

¹⁹ Da ultimo cfr. AGCM, Segnalazione AS 626 del 10 settembre 2009.

²⁰ C. VOLPE, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore Nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e Appalti*, 2008, p. 1401 ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 141 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Milano, 2004.

Il *leading case* è costituito dalla decisione *Teckal*, in cui i giudici del Lussemburgo hanno stabilito che per derogare all'obbligo della gara ad evidenza pubblica devono ricorrere le seguenti condizioni:

a) l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e

b) la funzione di servizio rispetto all'ente committente da parte del soggetto affidatario, talché la parte preponderante dell'attività di quest'ultimo sia realizzata a vantaggio dell'ente che esercita il controllo²¹.

Il rapporto che si costituisce tra i due soggetti – affidante ed affidatario – non presenta i requisiti della terzietà dell'affidatario che, essendo concepito alla stregua di un servizio interno dall'ente affidante, fuoriesce delle logiche del mercato e della concorrenza²².

Sulla seconda delle condizioni sopra indicate non sorgono quindi particolari dubbi: l'affidatario è fuori del mercato e, di conseguenza, realizza la parte assolutamente preponderante delle attività a vantaggio dell'ente o degli enti affidanti (e/o controllanti). Il riferimento è, ovviamente, alla rilevanza delle attività in termini economici e non per l'importanza della "funzione" affidata.

Sul controllo "analogo", invece, qualche problema interpretativo si è posto, a cominciare dalla questione se il termine "controllo" facesse riferimento, o meno, all'ambito del diritto societario. In altre parole, se l'ente affidante detiene l'assoluta maggioranza del capitale (e dei conseguenti poteri) del soggetto affidante, esercita un controllo analogo?

Sin dalla citata decisione *Teckal*, poi successivamente confermata sul punto²³, la Corte di giustizia aveva chiarito che tale controllo si configura come l'esercizio di un *assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione* sul soggetto partecipato, con riferimento agli atti di gestione, di modo che esista un rapporto di "dipendenza" dell'ente controllato molto più penetrante rispetto a quello assicurato dalla norme del diritto societario, tanto che la presenza di una previsione statutaria che consenta ai privati di entrare nella compagine societaria di detto

Per un panorama illustrativo ampio, sia della giurisprudenza che della disciplina normativa, v. G. GUZZO, *La nuova disciplina degli affidamenti in house e delle società miste alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria più recente e dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008*, in *Giustamm.it*.

²¹ Corte giust. CE, 18 novembre 1999, causa n. C-107/98, *Teckal*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1461 ss., con nota di G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*.

Più di recente la Corte di giustizia (Sez. III), con la sentenza 10 settembre 2009, causa n. C-573/07, *Sea*, (in *Giur. it.*, 2009, p. 1251 ss., con nota di R. CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*), ha affermato, «L'applicazione delle regole enunciate agli artt 12 CE, 43 CE e 49 CE, i principi generali di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

²² «(...) la società esterna all'Ente deve avere caratteristiche tali da qualificarla come *longa manus* del medesimo, in modo tale da non potersi ritenere l'affidatario terzo rispetto all'amministrazione controllante, in quanto strutturato come uno dei servizi propri della medesima» (Così, Cons. Stato, Sez. V., 18 dicembre 2009, n. 8400, in *Cons. Stato-TAR*, 2009, I, p. 1654). Più di recente: «(...) la Società in house deve agire come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostantivo (...)» (Cons. Stato, Sez. V., 10 settembre 2010, n. 6547, in *Cons. Stato-TAR*, 2010, I, p. 1029).

²³ Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, causa n. C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 134 ss. (con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*) e 13 ottobre 2005, causa n. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 76 ss. (con nota di R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*).

soggetto è sintomatica della carenza di una situazione di controllo analogo²⁴. Quest'ultima posizione è stata fortemente mitigata dalla Corte di giustizia che ha ritenuto che la possibilità di apertura del capitale sociale dell'affidataria ad investitori privati non sia sufficiente ad escludere il controllo analogo, dovendosi valutare la legittimità dell'affidamento *in house* alla situazione esistente al momento della deliberazione da parte dell'ente affidante²⁵.

Il Consiglio di Stato, con una decisione assunta in Adunanza plenaria, ha indicato l'ampiezza dei poteri che spettano all'amministrazione affidante:

a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;

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) 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;

²⁴ La Corte di giustizia ha affermato che «(...) la partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi» (sent. *Stadt Halle*, cit., punto 49).

Tale impostazione è stata recepita dai nostri giudici amministrativi secondo i quali affinché vi sia controllo analogo, si deve verificare in concreto se si realizzi «una sorta di amministrazione indiretta nella gestione del servizio, che resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore di questo (...). La struttura organizzativa deve, quindi, essere tale da consentire all'ente pubblico di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione, nonché, sull'andamento economico-finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente» (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Cons. Stato*, 2005, I, p. 71 ss.), ossia «un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che in concreto costituisce parte della stessa amministrazione, con la quale viene a trovarsi in una condizione di dipendenza finanziaria e organizzativa» (Cons. Stato, ord. 22 aprile 2004, n. 2316, in *Urb. e appalti*, 2004, p. 930 ss., con nota di M. GALESI).

Per altre indicazioni si v., in particolare, Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 (in *Foro it.*, 2008, III, c. 161 ss.); Cons. Stato, Sez. VI, decc. 3 aprile 2007, n. 1514 (in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 839 ss., con commento di C. LACAVA), 16 dicembre 2004, n. 8090 (in *Urb. e appalti*, 2005, p. 563 ss., con nota di C. VOLPE), 22 novembre 2004, n. 7636 (in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 2457 ss.); Sez. V., decc. 30 gennaio 2007, n. 362 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, p. 226 ss.), 8 gennaio 2007, n. 5 (in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, p. 592 ss.), 13 dicembre 2006, n. 7369 (in *Urb. e appalti*, 2007, p. 587 ss., con commento di L. CAMERIERO), 13 luglio 2006, n. 4440 (in *Dir. e giust.*, 2006, n. 34, p. 90 ss., con nota di M. ALESIO), 22 dicembre 2005, n. 7345 (in *Giur. it.*, 2006, p. 1292 ss.); 13 dicembre 2005, n. 7058 (*Giur. it.*, 2006, p. 1292 ss.), 30 giugno 2003, n. 3864 (in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 1434 ss.). Per la conferma di detti principi, in tempi più recenti, v. Cons. Stato, Sez. V., decc. 10 settembre 2010, n. 6547 e 18 dicembre 2009, n. 8400, citt.

²⁵ Corte giust. CE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, cit. In precedenza v. Corte giust. 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione Ce/Repubblica d'Austria* (nota come *Mödling*), in *Urb. e appalti*, 2006, p. 157 ss. (commentata da M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*) e 6 aprile 2006, causa C-410/04, *ANAV*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 511 ss. (con annotazione di R. URSI), in cui la Corte ha statuito che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene.

dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero²⁶;

d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante²⁷.

Tali specificazioni si aggiungono a quelle già declinate dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana che concernono il potere esercitato nei seguenti ambiti:

- nel controllo del bilancio;
- nel controllo sulla qualità della amministrazione;
- nella spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- nella totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali²⁸.

In questa direzione, con riferimento ai servizi pubblici locali, l'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 267/2000, prevede che la titolarità del servizio pubblico locale avente rilevanza economica possa essere conferita anche a «società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o 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»²⁹. Possibilità che si affianca alle altre due fattispecie consistenti nell'affidamento a società di capitali scelte attraverso gare ad evidenza pubblica, ovvero a società miste il cui socio privato sia scelto con procedura ad evidenza pubblica.

Tale equipollenza delle possibilità è stata – come visto – smentita dall'art. 23-bis che prevede quale *regola ordinaria* l'affidamento dei servizi pubblici locali attraverso gara ad evidenza pubblica mentre l'affidamento diretto, in base all'*in house providing*, è ammesso solo: a) per situazioni eccezionali caratterizzate sotto un profilo economico, sociale ed ambientale e geomorfologico e tali da escludere un efficace ricorso al mercato e b) a favore di società totalmente partecipate dall'ente locale, a condizione che detta società abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione "in house", tra i quali, la "soggezione" al controllo analogo³⁰.

²⁶ Cfr. C. giust. CE, decc. *Mödling e Parking Brixen*, citt.

²⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit.

²⁸ Cons. giust. amm. sic., 4 settembre 2007, n. 719, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, p. 1327 ss.

²⁹ Nella quale, per quanto detto, fermo restando l'esercizio del controllo analogo, non si esclude che possano partecipare dei soggetti privati. Di contrario avviso il Consiglio di Stato (Sez. V) che con la decisione 3 febbraio 2009, n. 591 (in *Urb. e appalti*, 2009, p. 1346, con nota di I. RIZZO), ha statuito che: «ai fini della legittimità dell'affidamento diretto e senza gara di un servizio pubblico, *in house providing*, il presupposto della proprietà pubblica e della totalità del capitale sociale, deve sussistere al momento genetico del rapporto e per tutta la durata del rapporto, garantito da appositi e stabili strumenti giuridici, quale il divieto di cedibilità delle azioni ad opera dello statuto».

³⁰ Per es., esclude la possibilità di affidamento *in house* quando la società affidataria agisca con logiche prettamente commerciali (Cons. Stato, Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *Urb. e appalti*, 2009, p. 1345, con nota di I. RIZZO). Si pensi poi alle indicazioni in merito alle ipotesi di soggetto sul quale esercitano il controllo analogo una pluralità di enti pubblici (Corte giust. CE, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*, in *Urb. e appalti*, 2009, p. 285 ss., con nota di F. LEGGIADRO e Cons. Stato, Sez. V, decc. 29 dicembre 2009, n. 8970, 26 agosto 2009, n. 5082, cit., 9 marzo 2009, n. 1365, in *Corr. giur.*, 2010, p. 399 ss., con commento di G. MARENA, *Problematicità dell'in house frazionato e vexata quaestio circa i rapporti tra società miste e società in house, alla luce del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135*), ovvero la questione del controllo esercitato solo indirettamente attraverso l'affidamento da una società integralmente controllata dall'amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto a sua volta interamente controllato da quest'ultima (Corte giust., 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, in *Urb. e appalti*, 2006, p. 1047 ss., con commento di P. LOTTI, *Corte di giustizia e involuzione dell'in house providing*).

Per ulteriori indicazioni si rinvia a G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; S. MONZANI, *Controllo «analogo» e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009; R. OCCHILUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 525 ss.

Di conseguenza, viene esclusa la possibilità di gestione diretta da parte di società interamente pubbliche che devono aprirsi al mercato (e quindi ai privati). Restano invece, fuori mercato, le società interamente pubbliche che rientrano nella fattispecie dell' "in house providing" rispetto alle quali occorrerà vedere se l' "eccezionalità", condizione della loro esistenza legittima, sarà a maglie strette. Basti al riguardo porre attenzione alla costruzione della deroga, ossia se debbono essere presenti tutti i (*peculiari*) caratteri, ossia il profilo economico, sociale, ambientale e geomorfologico del contesto territoriale di riferimento, ovvero uno solo di questi sul quale "applicare" l' esclusione di un *efficace* ed *utile* ricorso al mercato.

4. Il Regolamento attuativo introdotto con il DPR n. 168/2010

Il complesso intreccio di disposizioni contenute nell' art. 23-bis (con le modifiche di cui all' art. 15 della l. n. 166/2009) è completato da uno o più testi regolamentari – demandati al Governo – il primo dei quali è il d.p.r. n. 168/2010³¹. Chi si aspettava di trovarvi delle soluzioni alle questioni rimaste in sospeso ha dovuto prendere atto che l' intervento ha solo chiarito solo alcuni aspetti marginali, questione acuita dal fatto che il Governo ha dichiarato che detto decreto è l' unico intervento di attuazione.

I dodici articoli di cui è composto il decreto riguardano, per rilevanza, quanto di seguito brevemente tratteggiato.

a) *L'ambito di applicazione* (art. 1) – Viene ribadita la proprietà pubblica delle risorse idriche con un richiamo alla disciplina del Decreto Rochi. L' art. 23-bis, infatti, non ne fa parola. Il Regolamento, come si dirà, prevede poi un regime particolare per gli affidamenti dei servizi idrici integrati (ma l' abrogazione degli Ambiti territoriali ed un annunciato referendum contro la "privatizzazione" dell' acqua rende il quadro piuttosto sconnesso).

Sull' ambito di applicazione, alle materie già indicate dall' art. 23-bis, il Regolamento aggiunge anche «le attività strumentali all' attività o al funzionamento degli enti affidanti» (art. 13 della l. n. 248/2006). Non è però chiara la distinzione tra servizi pubblici locali ed attività strumentali ai medesimi, ai quali si aggiungono le attività relative al funzionamento degli enti che affidano la gestione dei servizi. Su questo argomento ha inciso anche l' art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, come conv. dalla l. n. 122/2010³².

b) *Misure di liberalizzazione* (art. 2) – L' art. 2 del Regolamento prevede che gli enti locali – entro un anno dall' entrata in vigore del Regolamento e periodicamente e, comunque, prima dell' affidamento del servizio e del suo rinnovo – procedano alla adozione di una delibera quadro, da rendere pubblica ed inviare all' Autorità antitrust, con la quale si illustrano gli esiti di una istruttoria con la quale si «evidenzia[no], per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l' equità all' interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio» (comma 2). E' infatti nei loro obblighi verificare la «realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l' attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e

³¹ G. GUZZO, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.P.R. n. 168/2010*, in *App. e contratti*, 2010, 11, p. 53 ss.; C. PODDA, *Via libera all' attuazione della riforma dei servizi pubblici locali. Il quadro rinnovato della disciplina e le problematiche attuative*, in *App. e contratti*, 2010, 8-9, p. 73 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 313 ss.

³² Di cui si dirà, più avanti, al par. 5.

liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio» (comma 1).

Possono essere definiti, nella regolazione del servizio pubblico, gli obblighi del servizio pubblico (in particolare quelli a fine sociale e di sviluppo delle comunità locali), anche prevedendo «eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo».

Come è stato affermato dalla Confindustria ««la nozione di obblighi di servizio pubblico è inscindibilmente connessa a quella di compensazione degli obblighi (cfr. sentenza C- 280/00, cd. “Altmark”), posto che l’obbligo di servizio pubblico è un vincolo che un operatore economico non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura “senza compenso”, “ove considerasse il proprio interesse commerciale” (in questo senso l’articolo 2 del Regolamento CE 1370/2007). Le compensazioni, pertanto non possono essere eventuali, in presenza di obblighi imposti, né subordinate alle disponibilità di bilancio. I vincoli di bilancio, in uno con i livelli essenziali delle prestazioni da assicurare ai cittadini, devono essere tenuti in considerazione, piuttosto, al momento della definizione degli obblighi di servizio»³³. La previsione appare interessante qualora siano individuati dei costi standard di esercizio e degli obiettivi di efficienza e qualità dei servizi (attesi) e resi. Così, invece, la “compensazione” sembra ricondurre alle decisioni politiche la scelta sugli obblighi assunti dall’ente locale, rimborsandone (puramente) il costo al gestore.

Infine, l’attribuzione di diritti di esclusiva all’esercente un servizio pubblico locale provoca l’applicazione della disciplina antitrust, in specie qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva per evitare le ovvie interferenze rispetto a posizioni “non concorrenziali”³⁴.

c) *Disposizioni generali per gli affidamenti* (art. 3) – Le procedure di gara devono tener conto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti. Il bando di gara (o la lettera di invito) deve:

- escludere 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;

- assicurare 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;

- indicare, ferme restando le discipline di settore, la durata dell’affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a

³³ CONFINDUSTRIA, *Audizione*, cit.

³⁴ Secondo la Confindustria: «Si precisa inoltre che le norme della legge 287/90 “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato” hanno riguardo principalmente alle imprese incaricate di servizi pubblici a rilevanza nazionale e che la dizione “mercati diversi” ivi contenuta riguarda la tipologia di attività, mentre nei SPL la dizione “mercati diversi” potrebbe essere – illegittimamente, peraltro – riferita alla dimensione geografica, oltre che alla merceologia.

Si osserva infine che le disposizioni previste dall’articolo 8, commi 2-bis e 2- quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni operano, a prescindere dal richiamo effettuato nello schema di regolamento in discussione, per le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato “per disposizioni di legge”. Appare ingiustificata l’estensione applicativa delle disposizioni in questione a tutti i gestori di servizi pubblici locali titolari di diritti di esclusiva, in particolare a coloro che, essendosi aggiudicati i servizi nell’ambito di procedure concorsuali, non possono considerarsi sottratti al mercato e dunque titolari di rendite di posizione» (CONFINDUSTRIA, *Audizione*, cit.).

carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

- prevedere che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

- indicare i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per lo svolgimento del servizio e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione;

- prevedere l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

E' poi possibile 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. Questa facoltà – evidentemente legata ad una accurata istruttoria – mira ad evitare che attraverso delle ATI imprese che, singolarmente, posseggono i requisiti per partecipare alla gara finiscano per ridurre la reciproca concorrenza impiegando, a tal fine, proprio la partecipazione alla gara stessa.

Quando le procedure hanno ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito deve assicurare che: prevalgano i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio rispetto a quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; il socio privato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, infine, siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

d) *Pareri dell'AGCM (art. 4)* – Sono soggetti al parere dell'Autorità garante della concorrenza gli affidamenti il cui valore economico superi la somma di 200.000 euro annui. Il valore annuo del servizio viene calcolato sommando tutte le entrate del gestore, tra le quali vanno sicuramente incluse le tariffe riscosse, eventuali corrispettivi parziali del servizio e contributi ottenuti per realizzare degli investimenti.

L'art. 4 prevede poi un regime speciale per il settore idrico sulla base del quale l'ente locale «può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione «in house» non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento: a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico; b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80% degli utili per l'intera durata dell'affidamento; c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore».

La ricorrenza di dette condizioni – nella richiesta di parere all'AGCM – è attestata dal legale rappresentante dell'ente affidante che è tenuto annualmente a verificare la permanenza degli stessi. In caso contrario – anche su segnalazione dell'AGCM – deve procedere ad affidare il servizio sulla base di una gara.

Questa serie di indicazioni espressamente dedicate ai servizi idrici fa sorgere qualche perplessità. Anzitutto per la circostanza che “farà fede” di una situazione evidentemente “interessata” l'ente o il gestore. Gli stessi criteri indicati per la deroga non sono assolutamente probanti di una situazione di efficienza si pensi, per es., all'applicazione di tariffe inferiori alla media che premia gestioni che operano sicuramente in un contesto favorevole e non certo quelle più efficienti. Efficienza, peraltro, la cui formula prevista dal noto metodo “normalizzato” è unanimemente riconosciuta come alquanto lacunosa o, almeno, bisognosa di un

aggiornamento³⁵. Quello che manca ai criteri previsti dalla legge Galli è il criterio di qualità delle gestioni e del servizio reso, per i quali oltre l'obbligatorietà di una seria carta del servizio è necessaria l'adozione di stringenti criteri di *benchmarking* per i quali il CONVIRI e il sistema delle Camere di commercio potrebbero trovare una confluenza rispetto alle attività svolte, rispettivamente, sulle attività degli ATO e sulle gestioni ancora "provvisorie" (soggette ancora alle delibere CIPE).

e) *Patto di stabilità interno (art. 5)* – Gli affidatari *in house* sono tenuti al rispetto del patto di stabilità interno e dovrebbero provarlo attraverso le disposizioni in tema di bilancio consolidato.

Tale disposizione è di applicazione a dir poco proibitiva posto che il patto di stabilità – destinato agli enti locali – mal si attaglia ad un bilancio (civilistico) di natura industriale. Le difficoltà derivano anche dal conflitto tra l'art. 18, comma 2-bis e l'art. 23-bis della l. n. 133/2008, laddove il primo stabilisce l'applicazione del patto di stabilità a tutte le società controllate, affidatarie dirette del servizio – ivi comprese le società miste che – una volta scelto il socio operativo, svolgano servizi di natura strumentale; il secondo, invece, fa riferimento solo alle società *in house* chiamate a gestire servizi pubblici di rilevanza economica.

f) *Personale ed acquisto di beni e servizi da parte delle società «in house» e delle società miste (artt. 6 e 7)* – Le società *in house* e miste che gestiscono servizi pubblici sono tenute al rispetto del Codice dei contratti e, nel caso di assunzioni o incarichi, devono adottare procedure analoghe a quelle relative all'assunzione presso enti pubblici, di cui all'art. 35, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001³⁶.

g) *Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione (art. 8)* - L'art. 8 del Regolamento dà attuazione all'art. 23-bis, comma 10, lett. c), con la finalità di evitare conflitti di interesse tra l'ente controllato ed ente controllante, nonché distinguendo le funzioni di organizzazione e gestione del servizio. Le incompatibilità sono retroattive. Sarebbe stato comunque utile attribuire tale competenza di controllo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

h) *Cessione dei beni in caso di subentro (art. 10)* – Alla scadenza (o cessazione anticipata) della gestione il gestore cede, a titolo gratuito, al subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio individuati dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami. Se tali beni 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.

i) *Tutela non giurisdizionale (art. 11)* - fatte salve le previsioni di discipline settoriali, è prevista l'adozione di procedure conciliative per la soluzione delle controversie tra utenti (o categorie degli stessi) ed il gestore dei servizi. La procedura, di trenta giorni di durata, è disciplinata nei contratti di servizi (o nelle carte di servizio) anche sulla base dello schema-tipo di formulario allegato al Regolamento. Alla tutela degli utenti, oltre che dal richiamato art. 2, comma 461, della l. n. 244/2007, è dedicato anche il d.lgs. n. 198/2009 che, tuttavia, non prevede la risarcibilità del danno ma solo l'ottenimento del corretto svolgimento e/o erogazione del servizio.

³⁵ Per tutti cfr. INDIS, *Il servizio idrico in Italia. Rapporto 2005*, Rimini, 2006.

³⁶ V., al riguardo, il parere sullo schema del regolamento del Consiglio di Stato (Sez. norm., 14 giugno 2010, n. 2415, in *Cons. Stato-TAR*, 2010, I, p. 997).

5. L'articolo 14, comma 32, della legge n. 122/2010

Il legislatore è successivamente intervenuto sulla materia dei servizi pubblici locali con l'art. 14, comma 32, della l. n. 122/2010, di conversione del d.l. n. 78/2010, recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»³⁷.

Tale comma, inserito in una disposizione che concerne il «Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali», stabilisce – come riscritto dal Decreto “Milleproroghe” 2010 – che «Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244», i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2013 (la disposizione originaria prevedeva l'anno 2011) i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. «Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:

- a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi;
- b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;
- c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime».

Le disposizioni del secondo periodo del comma, ossia l'obbligo di dismissione, non si applica qualora, nei comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti, le società costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi.

Quanto indicato «non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite».

Infine, si prevede che «con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione».

Per il contenimento della spesa, quindi, i comuni fino a 30.000 abitanti sono tenuti a porre sul mercato le partecipazioni, ovvero liquidare le società detenute, entro il 31 dicembre 2013. E' fatto poi divieto di costituzione di società. Per i comuni da 30.000 a 50.000 abitanti è possibile la detenzione di quote societarie che riguardino un solo soggetto economico.

Le indicazioni paiono chiare, se non fosse per il rinvio all'art. 3, commi da 27 a 29 della l. n. 244/2007. Tale articolo, nei commi indicati, prevede infatti che «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza (comma 27). L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27 (comma 28). Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui

³⁷ Tale comma è stato dapprima modificato dalla legge di conversione del d.l. n. 78/2010 (l. 30 luglio 2010, n. 122), poi, a decorrere dal 1 gennaio 2011, dall'art. 1, comma 117, della l. 13 dicembre 2010, n. 220 e, infine, dalle modifiche apportate dall'art. 2, comma 43, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, come convertito dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10.

all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27 (comma 29)».

L'art. 14, comma 32, citato, di conseguenza, non riguarda: a) la costituzione di società strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali; b) la costituzione di società che producono servizi di interesse generale; c) l'assunzione di partecipazioni in società indicate alla lett. b). Ne dovrebbe conseguire che le società chiamate a gestire servizi pubblici locali non sarebbero investite dagli effetti della norma a meno che non si individuino quelle "non strettamente necessarie" ovvero non di "interesse generale".

In realtà, rispetto ad una norma di portata generale (l'art. 3), per i servizi pubblici locali, l'art. 14, comma 32, fa riferimento ai comuni (distinguendoli con criteri dimensionali) mentre l'art. 23-bis, si riferisce all'affidamento dei soli servizi pubblici locali aventi rilevanza economica (con le esclusioni previste)³⁸, con una ulteriore specificazione perché riguarda l'affidamento attraverso la costituzione di società mista pubblico/privata (con il 40% della stessa detenuto da un soggetto privato) o attraverso società interamente partecipata dall'Ente affidante, in caso di "in house providing". Sembra quindi doversi arguire che l'art. 14, comma 32, varrà per i comuni (con i limiti indicati) solo qualora non trovino applicazione le disposizioni di cui all'art. 23-bis.

³⁸ S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Giustamm.it*.