

Claudio De Vincenti

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NEL DECRETO-LEGGE N. 135 DEL SETTEMBRE 2009: A CHE PUNTO SIAMO

Il decreto legge 9 settembre 2009, n. 135, interviene sulla normativa vigente in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica (SPL per brevità), dettata dall'articolo 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133 (conversione del DL 25 giugno 2008, n. 112).

Il 23-bis in breve

In sintesi, l'assetto delineato dal 23-bis è il seguente.

A regime:

- in via ordinaria (comma 2) il conferimento della gestione dovrà avvenire tramite gara a evidenza pubblica cui partecipano imprese in qualunque forma costituite;
- in deroga (comma 3), per situazioni particolari che “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, l'affidamento “può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”, intendendosi in questo modo sostanzialmente la gestione “in house” tramite affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico di proprietà dell'ente locale;
- per utilizzare la deroga (comma 4), l'ente locale deve motivare la scelta con una analisi di mercato da inviare all'Antitrust e all'autorità di regolazione di settore, ove costituita, per l'espressione di un parere entro 60 giorni (parere peraltro non vincolante);
- è possibile – ma questo si deduce solo implicitamente dal combinato di alcune disposizioni del 23-bis (per esempio dal comma 9) – l'affidamento diretto della gestione di reti e impianti, ove separata dalla gestione del servizio, a una società controllata dall'ente locale (a rigore anche questo non è chiaramente specificato, né se per controllo si intenda la proprietà al 100% stile “in house”);
- è fatto divieto (comma 9) ai soggetti titolari di SPL non affidati mediante gara, nonché ai soggetti che gestiscono reti e impianti di cui al punto precedente, di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare; il divieto non si applica alle società quotate.

La transizione:

- le gare devono essere attivate (comma 9) entro il 31 dicembre 2010; i soggetti affidatari diretti possono concorrere alla prima gara che verrà svolta “per lo specifico servizio già loro affidato”;
- peraltro (comma 10, lettera e), viene rinviata al regolamento di cui si dirà fra breve la disciplina della fase transitoria, “fermo restando il limite massimo

stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica" o diverse dall'affidamento "in house" di cui alla deroga prevista dal comma 3; il regolamento potrà prevedere tempi differenziati, cosicché in realtà è probabile che le gare partano ben dopo il 31 dicembre 2010;

- fa eccezione il servizio idrico integrato, per il quale si dispone (comma 8) che le concessioni "rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010"; sono esclusi dalla cessazione gli affidamenti "in house" di cui alla deroga prevista dal comma 3.

Settori esclusi:

- con legge successiva (art. 30, comma 26, legge n. 99 del 2009) al comma 1 del 23-bis è stata aggiunta la specificazione che alla distribuzione di gas naturale continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto legislativo 164/2000 ("decreto Letta") integrate dalla legge 222/2007 (art. 46-bis).

A un regolamento da emanarsi entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge (comma 10) erano demandati alcuni passaggi essenziali, tra cui: i tempi della transizione nei diversi settori (escluso l'idrico); la durata degli affidamenti e la disciplina, in caso di subentro, per la cessione dei beni da parte del precedente gestore; l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società "in house" e delle società miste di procedure a evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale; la revisione della disciplina sulle incompatibilità al fine di rafforzare la distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione dei servizi.

Le questioni rimaste aperte

Pur muovendosi in direzione di una apertura del mercato dei servizi pubblici locali, l'assetto delineato dal 23-bis lascia indeterminate alcune questioni centrali. In particolare:

- non è chiaro se gli affidamenti diretti a società miste in cui il socio privato sia stato scelto con gara rientrano nelle forme di affidamento previste in via ordinaria dal comma 2;
- il parere dell'Antitrust e delle autorità di settore sulle deroghe non è vincolante e inoltre il termine molto ristretto (60 giorni) entro cui dovrà essere espresso può vanificare l'espletamento di questo compito su basi informative adeguate, tanto più che il numero di richieste di deroga sarà probabilmente elevato; il rischio evidente è che il ricorso alla gestione "in house" da eccezione diventi la regola, vanificando gli obiettivi di liberalizzazione dichiarati dalla legge;
- non è chiaro se gli affidamenti diretti a società quotate in borsa cessino anch'essi alla fine del periodo transitorio: sembrerebbe di sì dal comma 10, dove la disciplina del periodo transitorio demandata al regolamento non distingue tra questi e altri affidamenti diretti; altrettanto sembra si possa dedurre dal comma 8, riferito al settore idrico; qualche dubbio sorge però alla luce del fatto che il comma 9 esclude le società quotate dal divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori e di partecipare a gare;

- una drastica riduzione del numero di concorrenti alle gare può derivare dalla disposizione che limita nella transizione la possibilità per le imprese in affidamento diretto di partecipare alle gare solo alla prima gara che verrà svolta “per lo specifico servizio già loro affidato”;
- infine, nulla di esplicito si dice circa le concessioni a privati che siano state prolungate attraverso lo strumento del rinnovo senza gara; si può solo sperare che la legge sia interpretabile nel senso che anche queste rientrano tra le gestioni non affidate mediante le procedure competitive di cui al comma 2 e che quindi decadano anch’esse al termine del periodo transitorio.

Il regolamento avrebbe potuto sciogliere alcuni di questi nodi, ma non è mai stato emanato. La bozza che è circolata nei mesi scorsi prevedeva:

- che gli affidamenti a società miste rientrino nelle forme di affidamento ordinarie di cui al comma 2, ma a condizione che la gara per la selezione del socio abbia ad oggetto sia la qualità di socio che l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
- che l’Antitrust individui le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali in deroga secondo il comma 3 assumono rilevanza ai fini della tutela della concorrenza;
- che il periodo transitorio non si applichi alle società quotate.

La prima indicazione chiariva le disposizioni del 23-bis, individuando nell’affidamento a società mista una forma alternativa di affidamento concorrenziale purché la gara per la scelta del socio abbia a oggetto prioritario qualità e tariffa del servizio, come la gara per l’affidamento a terzi. La seconda indicazione aveva l’obiettivo di rendere più efficace la verifica delle condizioni giustificative delle deroghe da parte dell’Antitrust e delle autorità di settore, riducendo il numero di richieste di deroga da esaminare; il rischio peraltro è che l’individuazione di soglie dimensionali finisca per consacrare la frammentazione in essere, sfavorendo l’aggregazione dei comuni in ambiti più ampi. La terza indicazione della bozza era molto criticabile perché sottraeva all’apertura concorrenziale affidamenti diretti – quelli a società quotate – che riguardano invece situazioni in cui è chiaramente possibile il ricorso al mercato. Si poteva, caso mai, prevedere una transizione più favorevole (vedi più avanti), a riconoscimento che la quotazione in borsa implica comunque un passo avanti che quelle società hanno fatto nel collocarsi in una prospettiva imprenditoriale.

Le novità del DL 135/ 2009

Si tratta del decreto legge varato al Consiglio dei ministri del 9 settembre scorso “per l’attuazione di obblighi comunitari e di sentenze della Corte di giustizia” e pubblicato sulla GU del 25 settembre.

Ai servizi pubblici locali è dedicato l’articolo 15 del DL. Le novità principali sono le seguenti.

A regime:

- il comma 2 del 23-bis viene modificato esplicitando che tra le forme di conferimento ordinarie rientra quello a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga tramite una gara che abbia ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita un partecipazione non inferiore al 40%;
- il comma 3 viene riformulato esplicitando che l'affidamento in deroga avviene a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti per la gestione "in house" secondo la disciplina comunitaria;
- al comma 4 il parere che l'Antitrust deve esprimere entro 60 giorni diviene "preventivo"; non viene specificato però se esso vada inteso come vincolante e anzi si aggiunge che decorsi i 60 giorni il parere, se non reso, si intende come favorevole; scompare inoltre il riferimento alle autorità di regolazione di settore per la formulazione di un parere anche da parte loro;
- viene aggiunto un comma 4-bis che prevede che l'Antitrust individui le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali in deroga secondo il comma 3 assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4;
- il divieto per i soggetti in affidamento diretto di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare viene esteso alle società miste sopra indicate specificando anche che il divieto opera per tutta la durata della gestione; restano escluse dal divieto le società quotate.

La transizione:

- non viene più demandata al regolamento ma disciplinata direttamente dal DL stesso;
- cade la norma specifica per le gestioni idriche, che quindi ricadono nella normativa generale per il periodo transitorio;
- le gestioni "in house" in essere alla data del 22 agosto 2008 cessano alla data del 31 dicembre 2011; non decadono invece le gestioni "in house" conferite ai sensi della deroga di cui al comma 3;
- cessano al 31 dicembre 2011 anche gli affidamenti a società miste in cui la gara per la selezione del socio non abbia avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio;
- quando la gara per la selezione del socio abbia avuto a oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi, l'affidamento prosegue fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- gli affidamenti diretti conferiti alla data del 1 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data proseguono fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che entro il 31 dicembre 2012 la partecipazione pubblica si sia ridotta, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, a una quota non superiore al 30%; in caso contrario, gli affidamenti cessano al 31 dicembre 2012.

Settori esclusi:

- alla distribuzione di gas naturale vengono aggiunti la distribuzione di energia elettrica, ricondotta alle disposizioni del decreto legislativo 79/1999 (“decreto Bersani”) integrate dalla legge 239/2004, e il trasporto ferroviario regionale, per il quale si rinvia al decreto legislativo 422/1997.

Infine, la scadenza per l’emanazione del regolamento è spostata al 31 dicembre 2009.

Un primo commento al DL

Per prima cosa, va rilevato **in negativo** l’ampliamento dei settori esclusi dalla nuova normativa operato col DL. Se non preoccupa l’esclusione della distribuzione di gas naturale che riconduce comunque questo settore nel quadro esclusivo di una normativa, quella del decreto 164/2000, fortemente orientata alla liberalizzazione attraverso la generalizzazione degli affidamenti a gara, l’esclusione della distribuzione elettrica e del trasporto ferroviario regionale segna un passo indietro. Per la distribuzione elettrica si fa riferimento a una normativa che aveva il merito di aprire alla concorrenza “nel” mercato le fasi della generazione e della vendita ma lasciava proprio la distribuzione in condizioni di monopolio protetto rinviando la concorrenza “per” il mercato a tempi lunghissimi. Per il trasporto ferroviario regionale, è vero che il riferimento formale al 422/1997 sembrerebbe mantenere la strada aperta alle gare, ma in realtà queste sono state rinviate sfruttando i ritardi che in questo settore sono consentiti dalla normativa europea. In sintesi, con la modifica proposta dal DL ambedue questi settori vengono di fatto sottratti al processo di liberalizzazione.

Con riferimento alla normativa per i settori coperti dal 23-bis così modificato (trasporto pubblico locale, servizio idrico e rifiuti urbani), non mancano alcune **novità positive** di un certo rilievo apportate dal DL.

Per quanto riguarda l’affidamento a società mista è apprezzabile il chiarimento circa il fatto che questa forma di affidamento rientra tra quelle ordinarie solo ove la gara abbia avuto a oggetto non solo la qualità di socio ma anche l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Come pure apprezzabile è l’estensione alla società mista, per tutta la durata dell’affidamento, del divieto a gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e a partecipare a gare. Queste due disposizioni insieme avvicinano in qualche misura la gara per la scelta del socio a quella per l’affidamento a terzi. Coerente con questo approccio è poi la disciplina differenziata della transizione nel caso la gara per il socio abbia avuto o meno a oggetto anche l’attribuzione dei compiti operativi: nel primo caso l’affidamento prosegue fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio, mentre nel secondo caso cessa al 31 dicembre 2011.

Apprezzabile è anche la specificazione che il parere dell’Antitrust circa il ricorso alla deroga è da intendersi come “preventivo”.

Positiva è poi la decisione di regolare la transizione direttamente in norma primaria e la ricomprensione del settore idrico nelle norme generali della transizione, superando la strana norma specifica riservata a tale settore nel 23-bis.

Infine, per quanto non si possa sfuggire alla sensazione che la liberalizzazione dei servizi pubblici locali rischia di diventare “come la linea dell’orizzonte”, è difficile negare che la mancata emanazione del regolamento nei termini previsti dal 23-bis renda oggi necessario

spostare di un anno, al 31 dicembre 2011, la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse da quelle previste dalla nuova normativa.

Peraltro, restano da affrontare diversi **punti critici** di notevole rilievo, che rischiano di compromettere l'assetto equilibrato del mercato dei servizi pubblici locali e lo stesso obiettivo dichiarato della loro liberalizzazione.

In primo luogo, se si vuole che l'affidamento a società mista sia realmente equiparabile all'affidamento a terzi, occorre prevedere esplicitamente la condizione che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie. Questa disposizione dovrebbe integrare sia l'equiparazione a regime tra le due forme di gara sia la regolazione della transizione, nel senso che solo ove la gara per la scelta del socio sia stata aggiudicata in base a tali criteri l'affidamento può proseguire fino alla scadenza prevista dal contratto di servizio. Credo poi che non sarebbe del tutto pleonastico specificare che il bando di gara debba prevedere in modo esplicito che la società mista ha durata pari a quella dell'affidamento, ossia che al suo termine la società si scioglie e si procede a una nuova gara o per l'affidamento a terzi o per la scelta *ex novo* del socio privato.

In secondo luogo, è assolutamente necessario prevedere che il parere dell'Antitrust sia vincolante e allungare i tempi per l'emanazione del parere rispetto ai 60 giorni indicati dal 23-bis. Come pure, ritengo utile che sia reintrodotta l'affiancamento del parere dell'Antitrust con quello dell'autorità di regolazione di settore. Resta il rischio di una mole eccessiva di richieste di deroga che potrebbe rendere molto difficile l'emanazione in tempi utili dei pareri in questione. Il rischio è attutito dall'individuazione da parte dell'Antitrust delle soglie oltre le quali necessita il parere, con conseguente riduzione del numero di richieste di deroga da esaminare, ma questa disposizione rischia a sua volta, come accennato più sopra, di disincentivare l'aggregazione dei piccoli comuni in ambiti più ampi consacrando la frammentazione attuale delle gestioni. La soluzione migliore sarebbe di ricondurre la possibilità di deroga a condizioni di marginalità geografica, demandando al regolamento da emanare entro il 31 dicembre 2009 la definizione puntuale di tali condizioni ed escludendo del tutto altre possibilità di deroga.

Lascia poi molto perplessi la norma circa il periodo transitorio per gli affidamenti diretti a società pubbliche quotate in borsa e la norma che le sottrae *tout court* al divieto di partecipare a gare: in primo luogo, perché si tratta comunque di affidamenti effettuati in modo difforme dalle procedure competitive previste dalla nuova normativa; e in secondo luogo perché appare singolare la condizione che quanto più la società diviene privata a tutti gli effetti (tramite riduzione della partecipazione pubblica), tanto più le si garantisce una posizione di monopolio non contendibile sul proprio affidamento. Per non parlare poi della possibilità, prevista per i comuni dal DL, di cedere a "investitori qualificati e operatori industriali" quote di controllo a trattativa diretta con l'esito, reso quanto mai probabile dal fatto che i comuni saranno di fatto "obbligati" a vendere, di prezzi di cessione quanto mai bassi, con perdita patrimoniale per i comuni e vantaggi ingiustificabili per i soci industriali delle società quotate.

Se si vuole riconoscere, come ritengo giusto, un qualche premio a queste società per l'essersi comunque prima di altre collocate, tramite la quotazione in borsa, in una prospettiva imprenditoriale, si potrebbe prevedere (con un vincolo sulla composizione azionaria strettamente necessario ad assicurare che la componente privata dell'azionariato abbia voce effettiva in sede di Consiglio di amministrazione e nella determinazione delle scelte

imprenditoriali) un periodo transitorio più lungo, accompagnato dal divieto (esteso alle controllate e alle controllanti) a partecipare a gare fino al suo termine a meno di un ulteriore accorciamento volontario e predeterminato del periodo di affidamento.

Sarebbe inoltre bene esplicitare che anche le concessioni a privati che siano state prolungate attraverso lo strumento del rinnovo senza gara rientrano tra le gestioni non affidate mediante le procedure competitive di cui al comma 2 e che quindi decadono anch'esse al termine del periodo transitorio. In alternativa, si potrebbe applicare anche a queste la norma transitoria indicata poco sopra per le società pubbliche quotate.

Resto infine dell'idea che nel corso della fase transitoria andrebbe consentito anche alle imprese oggi "in house" ma che non usufruiscono della deroga di cui al comma 3 e i cui affidamenti quindi saranno posti a gara (nonché alle società quotate che abbiano optato per l'accorciamento del proprio periodo transitorio), di partecipare alle gare e non solo alla prima gara che verrà svolta "per lo specifico servizio già loro affidato".