

TIPO DI DOCUMENTO:

ARTICOLO

TITOLO:

Servizi pubblici locali: una normativa in continuo divenire

SOTTOTITOLO:

AUTORE:

Cognome Nome (max. 3 tra virgole) / Ente / AA VV:

Bonanni Alessandro

ESTRATTO DA PERIODICO:

Titolo:

FMI - Facility Management Italia

N°:

15

Del:

03/2012

ESTRATTO DA SITO INTERNET:

Indirizzo home page [http://]:

Indirizzo esteso [http://]:

Di:

Nazione:

Data primo contatto:

Data rimozione:

PAROLE CHIAVE:

servizi pubblici locali, normativa

ABSTRACT:

MB

La materia dei servizi pubblici locali è stata interessata, negli ultimi anni, da un'impressionante evoluzione normativa: provvedimenti legislativi finalizzati a rinnovarne completamente la disciplina si sono alternati ad interventi radicalmente demolitori e a conseguenti periodi di totale vuoto normativo. Con l'intercalare - naturalmente - di continui atti modificativi di dettaglio. L'articolo si propone di ricostruire il quadro delle sue più recenti trasformazioni, con l'obiettivo di schematizzare lo stato dell'arte di una normativa che appare ancora oggi connotata da un incessante divenire.

Servizi pubblici locali: una normativa in continuo divenire

La materia dei servizi pubblici locali è stata interessata, negli ultimi anni, da un'impressionante evoluzione normativa: provvedimenti legislativi finalizzati a rinnovarne completamente la disciplina si sono alternati ad interventi radicalmente demolitori e a conseguenti periodi di totale vuoto normativo. Con l'intercalare - naturalmente - di continui atti modificativi di dettaglio. L'articolo si propone di ricostruire il quadro delle sue più recenti trasformazioni, con l'obiettivo di schematizzare lo stato dell'arte di una normativa che appare ancora oggi connotata da un incessante divenire.

Local public services: a constantly changing legislation

Local public services topic has registered a great normative evolution in the last few years: at legislative measures aimed at a total renewal of the subject followed by destructive actions and a consequent period of legislative gap, being everything interspersed - naturally - with constant legislative act aimed at amending and specifying the topic. The article tries to rebuilt the most recent changes with the intention to schematize the state of the art of a legislation which is constantly evolving also today.

La nozione giuridica di "servizio pubblico locale"

La nozione giuridica di "servizio pubblico" è da sempre stata considerata una delle più inafferrabili dell'ordinamento italiano, al punto da indurre gran parte della dottrina ad abbandonare la ricerca di una definizione unitaria per considerare i servizi pubblici quali istituti di natura puramente economica, destinatari di diverse discipline normative settoriali.

Il panorama delle delimitazioni giuridicamente rilevanti del concetto di "servizio pubblico" si è conseguentemente arricchito di indicazioni diverse ed anche contraddittorie, tra le quali è uso distinguere la c.d. "teoria soggettiva", che si incentra

sulla natura pubblica del soggetto cui è imputata la titolarità del servizio (ma non necessariamente la sua gestione), e la c.d. "teoria oggettiva", che invece qualifica i servizi pubblici in base all'attività che hanno ad oggetto ed alla rispondenza di essa ad un interesse generale.

Nell'ambito della "teoria oggettiva" (che, tra le due, è quella più comunitariamente orientata) è possibile incontrare, poi, distinti filoni interpretativi che hanno valorizzato, di volta in volta, caratteristiche diverse dell'attività prestata al fine di sussumerla in una nozione di "servizio pubblico" (l'esistenza di una regolamentazione pubblica dell'attività da espletare; l'imposizione di obblighi tariffari o di esercizio

Alessandro Bonanni*

a carico del gestore; la circostanza che la fruizione dell'attività sia indirizzata alla cittadinanza anziché alla pubblica amministrazione). Addentrandosi nel contesto dei "servizi pubblici locali" (che rappresentano solo una particolare declinazione dei servizi pubblici) si incontrano, poi, le indicazioni normative fornite dall'art. 112 del D.Lgs. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali - TUEL), in base al quale gli "enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Per anni, in forza della prescrizioni del TUEL (oggi superate, come si vedrà), l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, pur nel rispetto delle specifiche discipline settoriali, è avvenuta sulla base di tre distinti moduli gestori:

- attraverso società di capitali individuate attraverso procedure ad evidenza pubblica;
- attraverso società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica;
- mediante affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico sulle quali l'ente titolare del capitale sociale eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (c.d. modello "in house").

Si è lungamente lamentata l'incompletezza del processo di transizione dei servizi pubblici locali verso assetti di mercato concorrenziali e un'eccessiva instabilità del quadro normativo di riferimento, tale da disincentivare l'apporto di risorse private.

La materia è stata però interessata, a partire dal 2008, da un'impre-

sionante evoluzione normativa: provvedimenti legislativi finalizzati a rinnovarne completamente la disciplina si sono alternati ad interventi radicalmente demolitori e a conseguenti periodi di totale vuoto normativo. Con l'intercalare, naturalmente, di continui atti modificativi di dettaglio.

Si è così avviata, ed appare oggi in pieno corso, una complessa opera di trasformazione della regole di tale variegato settore che, ove attuata verso gli indirizzi pro-concorrenziali e liberalizzatori indicati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, potrebbe favorire nuovi processi di esternalizzazione e, dunque, nuove occasioni di crescita e sviluppo anche per gli operatori dei servizi di gestione dei patrimoni pubblici, dei servizi integrati, dei servizi ambientali ed energetici e dei servizi di gestione integrata dei rifiuti.

Si assiste, infatti, ad una progressiva evoluzione della disciplina di riferimento che mira a rendere eccezionale o, comunque, a limitare fortemente la possibilità di affidamento diretto a società "in house", privilegiando così il ricorso al mercato per l'outsourcing dei servizi o per attuare la gestione di essi attraverso forme di partenariato pubblico-privato precedute da gara.

Ma non è tutto: la normativa in materia di servizi pubblici locali, nelle sue ultime declinazioni, si è spinta sino ad affermare, almeno su un piano astratto e tendenziale, una gestione puramente concorrenziale dei servizi pubblici locali, affidata all'iniziativa economica privata.

La disciplina: Art. 23-bis del D.L. 112/2008

La normativa di riferimento per i servizi pubblici locali di rilevanza economica si è a lungo incardinata

sull'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 (TUEL - Testo Unico degli Enti Locali). Si trattava di una disciplina scarna e lacunosa, che necessitava largamente di essere integrata, in sede applicativa, attraverso l'attività di interpretazione pretoria, ma che ha garantito - forse proprio per la sua vaghezza - una relativa stabilità di regolamentazione.

Tale disposizione è stata superata dall'approvazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, inserito dalla legge di conversione n.133/2008, che ha inteso delineare una nuova disciplina organica della materia (disponendo al contempo l'abrogazione dell'art.113 del TUEL, ma solo nelle sue "parti incompatibili").

Il sopravvenuto assetto normativo mirava a garantire l'applicazione delle regole comunitarie e a favorire il rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi da parte di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale. Finalità ulteriore era quella di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni.

La novella doveva soprattutto rispondere all'esigenza - più volte affermata in sede europea, e nell'ambito delle istituzioni più sensibili alle problematiche della concorrenza - di sancire fortemente il principio dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per ricondurre gli stessi al mercato limitando i casi di affidamento diretto senza gara.

La reale portata liberalizzatrice e pro-concorrenziale della disciplina in esame è stata, poi, compiutamente espressa attraverso l'adozione del relativo regolamento di attuazione (che, dopo un articolato

iter procedimentale, si è concretizzato nel D.P.R. 168/2010).

Quando il quadro della nuova normativa sembrava essersi ormai completamente delineato, però, due interventi della Corte Costituzionale ne hanno anticipato l'imminente rovina.

Anzitutto, decorso neanche un mese dalla pubblicazione del regolamento di attuazione, la Consulta, con la pronuncia n. 325/2010, dichiarava la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 23-bis (in specie, della parte che prevedeva l'assoggettamento degli affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno).

Quindi, con la statuizione n. 24/2011, la stessa Corte Costituzionale ammetteva una richiesta di referendum popolare avente ad oggetto: "l'intero art. 23-bis del D.L. 112/2008". Dietro ad uno dei due quesiti relativi all'"acqua bene comune" (nomenclatura che appare obiettivamente svitante rispetto all'effettiva portata dell'intento abrogativo), si celava dunque una proposta di integrale caducazione della disposizione in esame.

Pertanto, attraverso lo strumento della consultazione popolare si è andati ben oltre la mera affermazione della natura dell'acqua quale "bene comune", ma si è legittimata la demolizione dell'intera normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica (e con essa, paradossalmente, anche delle disposizioni regolamentari che avevano chiarito la divisione tra proprietà e gestione delle risorse idriche, ponendo così nel mirino dell'abrogazione referendaria anche norme che sancivano espressamente il carattere pubblico del bene "acqua").

La disciplina in rassegna ha quindi subito una traumatica battuta di arresto il 13 giugno 2011, cadendo sotto la scure della consultazione re-

ferendaria (per una più approfondita disamina dei contenuti precettivi del D.L. 112/2008 e del D.P.R. 168/2010 si rinvia - per ragioni di sintesi - agli specifici contributi presenti nel sito www.contratti-pubblici.it).

Il nuovo (instabile) assetto: il D.L. 138/2011

L'insostenibile "horror vacui" scaturente dalla radicale assenza di una normativa di riferimento - quale quella che si è verificata a seguito del referendum abrogativo del giugno 2011 - ha indotto il Legislatore a correre a veloci ripari. Si è infatti provveduto a reintrodurre una disciplina organica sui servizi pubblici locali di rilevanza economica già con la manovra finanziaria di agosto 2011 (D.L. 138/2011, c.d. "Manovra-bis", provvedimento che conteneva soprattutto controverse misure di contrasto alla crisi economica).

Pertanto, a decorrere dal 13 agosto 2011, data della sua entrata in vigore, l'art. 4 del D.L. 138/2011 è divenuto il nuovo fulcro della normativa in materia. Ed è sufficiente scorrerne il contenuto per avvedersi che, con esso, è stato in gran parte riproposto l'impianto della disciplina anteriore alla consultazione popolare, escludendone però l'applicabilità al settore idrico per tenere conto dell'esito (più mediatico che giuridico) del referendum.

Il D.L. 138/2011 si è caratterizzato, tuttavia, per un'enfasi ancor più pronunciata sugli intenti di liberalizzazione e privatizzazione del settore, affermando, in via tendenziale, la gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali attraverso la liberalizzazione di tutte le attività economiche, e limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva alle sole ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica

privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità (v. commi 1-4). Con la precisazione che, nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica in ordine alla realizzabilità di una gestione concorrenziale, intenda procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali deve comunque avvenire in favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (v. comma 8), alle quali sono ammesse anche le società a capitale interamente pubblico, salvo che sussistano specifici divieti di legge (v. comma 9).

È stata altresì ribadita la proprietà pubblica delle reti, ammettendo al contempo che la gestione delle stesse possa essere affidata a soggetti privati (v. comma 28).

Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, l'art. 4 del D.L. 138/2011 ha dettato una puntuale disciplina dei contenuti dei bandi di gara e delle lett. di invito relative alle procedure concorrentiali di cui sopra (v. comma 11). Tra le varie prescrizioni, appare particolarmente rilevante quella che, a tutela della piena competitività nel settore economico di riferimento, ammette la possibilità, per l'ente concedente, di 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 siano idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza. Ciò in aderenza a quanto affermato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato già con il risalente parere n. AS251 del 7 febbraio 2003, con cui era stato sottolineato il rischio che il modello

del raggruppamento temporaneo di imprese potesse evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese, in distonia con le finalità perseguite dal legislatore nazionale e comunitario.

Quanto alla costituzione di società miste, invece, il D.L. 138/2011 ha previsto che il bando di gara o la lett. di invito debbano assicurare:

- che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

- che il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso;

- che siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (in ogni caso, al socio privato deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, con attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio; v. comma 12).

Sempre con riferimento alle società miste, viene specificato che la deroga all'applicazione delle regole del Codice dei contratti limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società miste sono state specificamente costituite (D.Lgs. 163/2006, art. 32, comma 3) si applica solo se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica che abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, ferme restando le altre condizioni di operatività della deroga stabilite dall'art. 32, comma 3, nn. 2) e 3), del D.Lgs. 163/2006 (v. comma 16).

Ancora, analogamente a quanto

disposto dall'art. 7 dell'abrogato D.P.R. 168/2010, è stato previsto che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali debbano adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi rispettosi dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 165/2001. Tale prescrizione non si applica, però, alle società quotate in mercati regolamentati (v. comma 17).

A tutela della trasparenza e dell'imparzialità, è stato poi riaffermato il principio della distinzione tra funzioni di regolazione e di gestione, introducendo un articolato regime di incompatibilità, divieti e preclusioni relativamente all'acquisizione ed allo svolgimento di incarichi inerenti alla gestione dei servizi pubblici locali, in coerenza con quanto già era stato sancito dall'art. 8 del D.P.R. 168/2010 (v. art. 4, commi 19 - 27).

Inoltre, è stata reintrodotta una puntuale disciplina della cessione dei beni strumentali al gestore subentrante al momento della scadenza della gestione, come già previsto dall'art. 10 del D.P.R. 168/2010 (v. art. 4, commi 29 - 31).

Ed ancora, è stato riproposto un regime transitorio degli affidamenti non conformi ricalcato su quello già suo tempo delineato dagli artt. 8 e 9 dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 (v. art. 4, commi 32 e 33).

Non sono mancati, però, elementi di anche rilevante diversità rispetto alla previgente disciplina.

Infatti, mentre nel precedente regime la gara rappresentava lo strumento "normale" di affidamento dei servizi pubblici locali (derogabile solo in presenza di "situazioni eccezionali" che consentivano in ricorso al modello "in house"), il comma 13 dell'art. 4 del D.L. 138/2011 ha previsto come obbligatorio l'esperienza di una procedura concorren-

ziale solamente per gli affidamenti di valore superiore alla soglia economica di 900.000 euro annui.

In relazione a tale aspetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto di dover intervenire, presentando un atto di segnalazione al Parlamento proprio nel corso del rutilante iter di conversione in legge del D.L. 138/2011. Infatti, pur encomiando l'intervento del Governo che aveva rilanciato il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali superando il vuoto normativo lasciato dal referendum abrogativo, l'Autorità osservava che la previsione dell'obbligo di gara solo per gli affidamenti di valore almeno pari a 900.000 euro avrebbe finito per configurare, per alcuni settori di attività economica, un aggiramento quasi integrale dei necessari meccanismi di concorrenza.

La stessa Autorità rilevava altresì che il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara, come configurato nella prima formulazione del D.L. 138/2011, si sarebbe prestato facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni pubbliche (essendo sufficiente frazionare gli affidamenti in tante "tranche", ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro, per poterle poi attribuire tutte direttamente ad una società controllata, in difetto di adeguate procedure concorrenziali).

L'Autorità formulava pertanto un forte richiamo al principio secondo cui il ricorso alla gara avrebbe dovuto ritenersi sempre obbligatorio, salvo la ricorrenza di particolari condizioni legittimanti debitamente motivate dall'ente affidante (v. AGCM, Atto di segnalazione al Parlamento del 26.8.2011).

Il D.L. 138/2011 è stato convertito in L. 148/2011 senza, tuttavia, l'adozione di quelle modifiche auspicate dall'Autorità.

Il vuoto normativo sui servizi pubblici locali

All'esito del referendum del 13 giugno 2011 un pesante interrogativo aleggiava sulla sorte dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: a seguito dell'ufficiale proclamazione del risultato della consultazione popolare, qualunque amministrazione locale avrebbe dovuto confrontarsi con il vuoto normativo lasciato sul campo dall'integrale abrogazione della disciplina di riferimento. Pareva infatti assodato che dalla caducazione dell'art. 23-bis non potesse conseguire - quale "norma di risulta" - una reviviscenza delle disposizioni già abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa, in simili ipotesi, dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale - v. sentenze nn. 31/2000 e 40/1997). Pertanto, doveva escludersi anche un ritorno al previgente regime dettato dall'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 (fermo restando, però, che taluni commi dell'art. 113 del TUEL non erano mai stati effettivamente abrogati dall'art. 23-bis, e dunque poteva teorizzarsi una loro perdurante vigenza).

Insomma, si profilava una situazione di sostanziale incertezza in merito alle modalità per fare fronte all'affidamento dei servizi pubblici locali. Le uniche indicazioni in proposito, a dire il vero, erano ricavabili sulla scorta di quanto osservato dalla stessa Corte Costituzionale nella pronuncia n. 24/2011 (cioè la sentenza con cui la stessa aveva statuito in ordine all'ammissibilità del quesito referendario). In essa, infatti, la Consulta - scandagliando le possibili conseguenze di un'eventuale vittoria del "sì" - aveva rilevato che all'abrogazione dell'art. 23-bis del

D.L. 112/2008 "conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".

Quindi, stando alle indicazioni della Consulta, nell'attesa di un indispensabile intervento legislativo inteso a ripristinare una qualche disciplina organica della materia, il vuoto normativo avrebbe dovuto essere colmato ricorrendo all'applicazione dei principi e delle norme comunitari, meno vincolanti per gli enti locali rispetto al previgente regime. Era perciò possibile ipotizzare un più agevole ricorso agli affidamenti "in house" ed alle forme di partenariato già sperimentate con la figura della società a partecipazione mista. Ma l'aspetto più paradossale della situazione giuridica cagionata dal referendum era che nulla avrebbe ostato, in quel frangente, persino un'ipotetica privatizzazione delle reti idriche, giusta l'intervenuta demolizione delle disposizioni normative che avevano inteso salvaguardare la proprietà pubblica delle reti e delle risorse.

Al riguardo vanno anche rimarcate le puntuali e condivisibili valutazioni operate dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato. Nella relazione annuale per il 2011, infatti, l'Autorità aveva incluso l'art. 23-bis del D.L. 112/2008 "nel novero dei provvedimenti che hanno inciso maggiormente sulle dinamiche competitive di rilevanti settori dell'economia", esprimendo un motivato

apprezzamento per la riforma travolta dal referendum. Ebbene, nel presentare la predetta relazione al Parlamento, la Presidenza dell'Autorità aveva svolto un accorato richiamo al rispetto dei superiori principi ordinali che impongono - anche a prescindere da una puntuale prescrizione di legge - il ricorso al mercato e l'esternalizzazione dei servizi pubblici locali: "Il referendum sulla privatizzazione del servizio idrico ha portato via con sé anche la liberalizzazione degli altri servizi pubblici locali, l'unica riforma pro mercato della legislatura. Ciò non può interpretarsi come una legittimazione del potere politico locale a occupare definitivamente con le aziende municipalizzate tutte le aree economiche: i principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa non sono stati messi in discussione. A quelle regole si devono attenere le aziende pubbliche. In caso di inefficienze e sprechi la via obbligata resta il ricorso al mercato e vigono ancora le norme del Trattato europeo sulle gare per la scelta del miglior affidatario" (v. AGCM, Presentazione della Relazione Annuale 2011).

Va infine osservato, sul piano puramente giuridico, che un'effettiva situazione di vuoto normativo si è determinata solamente a seguito della pubblicazione, sulla G.U.R.I. n. 167 del 20 luglio 2011, del D.P.R. n. 113/2011, con cui è stato ufficialmente proclamato l'esito del referendum abrogativo. Pertanto, è solo a decorrere dal 21 luglio 2011 che l'art. 23-bis del D.L. 112/2008 ha formalmente cessato di spiegare efficacia, concretizzando la lacuna segnalata.

Ulteriori modifiche: la L. 183/2011 di “stabilità”

I suggerimenti dell’Autorità sono stati recepiti, almeno parzialmente, attraverso l’adozione della L. 183/2011 (c.d. “Legge di stabilità 2012”), in vigore dal 1° gennaio 2012, che pure ha apportato significative modifiche alla disciplina dettata dall’art. 4 del D.L. 138/2011. Anzitutto, pur senza intaccare la soglia economica di 900.000 euro relativa all’obbligatorietà della gara, la novella ha sancito un espresso “divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento” (ciò al fine di garantire l’unitarietà del servizio oggetto dell’affidamento e, al contempo, evitarne artificiosi frazionamenti finalizzati ad eludere l’obbligo di gara).

Inoltre, la L. 183/2011 ha inciso in modo importante sul regime transitorio degli affidamenti non conformi modificando i commi 32 e ss. dell’art. 4 del D.L. 138/2011. In particolare, è stato attenuato il divieto di acquisizione di servizi ulteriori, in aderenza a quanto suggerito dall’Autorità che, sul punto, aveva segnalato come la previsione del comma 33 potesse “condizioni eccessivamente restrittive... finendo per limitare drasticamente il numero degli operatori ammissibili alle procedure di gara, e favorendo l’aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l’unico partecipante alla gara”.

Pertanto, il periodo finale del comma 33 è stato riformulato prevedendo che: “I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell’ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica

per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13”.

Al contempo, al fine di rafforzarne l’effettività, la Legge di Stabilità ha assegnato alle Prefetture il compito di accertare che gli enti locali rispettino le scadenze temporali del regime transitorio delineato dall’art. 4, comma 32, del D.L. 138/2011, addirittura con la previsione di un potere sostitutivo del Governo in caso di ritardo nel provvedere (v. comma 32-bis).

Infine, la L. 183/2011 ha introdotto nuove disposizioni finalizzate ad assicurare il miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali (v. commi 33-bis e 33-ter), in recepimento dell’indicazione dell’Autorità che aveva auspicato, nel succitato atto di segnalazione, “un obbligo di pubblicazione, direttamente da parte del gestore o anche a cura dell’ente locale affidatario, di alcune misure di performance (livello qualitativo, prezzo medio per utente, livello degli investimenti effettuati) della gestione del servizio, le quali... potrebbero consentire di effettuare delle prime valutazioni di benchmarking delle diverse gestioni”.

Le ultime modifiche: il D.L. 1/2012 “Cresci-Italia”

L’opera di modellazione della disciplina sui servizi pubblici locali non pare essersi esaurita: l’art. 4 del D.L. 138/2011 è stato, infatti, ancora ulteriormente modificato attraverso l’art. 25 del D.L. 1/2012 (c.d. Decreto “Cresci-Italia”), in vigore dal 24 gennaio 2012.

Con tale novella è stato, anzitutto, rilanciato il ruolo dell’Autorità

Garante della Concorrenza e del Mercato nell’ambito della pianificazione della gestione dei servizi pubblici locali. In particolare, è stato sostituito il comma 3 dell’art. 4 del D.L. 138/2011 sancendosi che, per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera quadro - con cui l’ente locale illustra l’istruttoria compiuta evidenziando, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione assunta - debba essere adottata “previo parere obbligatorio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato” (disposizione nella quale ridonda quel “parere preventivo” che era stato previsto, a suo tempo, dall’art. 23-bis, comma 4, del D.L. 112/2008 e dall’art. 4 del D.P.R. 168/2010).

Inoltre, il D.L. 1/2012 ha specificato ulteriormente il contenuto degli atti inditivi relativi alle procedure per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali, prescrivendo che gli stessi debbano prevedere l’impegno dell’affidatario a conseguire economie di gestione con riferimento all’intera durata programmata dell’affidamento, ed includere, tra gli elementi di valutazione dell’offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale (v. comma 11).

Ed ancora, il D.L. 1/2012 ha ridotto la soglia economica al di sotto della quale è consentito l’affidamento “in house”, ammettendo tale modello, in deroga alle procedure di gara, solo se il valore economico del servizio oggetto dell’affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. Al fine di garantire l’unitarietà del servizio, viene confermato il divieto di procedere al frazionamento dello stesso e del

relativo affidamento. Viene altresì ribadito che, ove si proceda con il modello “in house”, le società affidatarie sono assoggettate al patto di stabilità interno e devono applicare, per l’acquisto di beni e servizi, le disposizioni del D.Lgs. 163/2006. Analogo obbligo di applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti è sancito anche per le società miste (v. art. 4, commi 13, 14 e 15).

Al contempo, è stato ulteriormente modificato il regime transitorio degli affidamenti non conformi, sancendosi che gli affidamenti diretti relativi a servizi di valore economico superiore alla soglia di 200.000 euro (ovvero comunque non coerenti con quanto previsto dall’art. 4, comma 13 e comma 32, lett. da b. a d.), del D.L. 138/2011) debbano cessare, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012.

Per quanto concerne, invece, le gestioni affidate direttamente a società miste, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive che “non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio”, è stabilito che le stesse cessino improrogabilmente alla data del 31 marzo 2013. Di converso, le gestioni affidate a società miste nel rispetto dei canoni della correttezza, potranno proseguire sino alla normale scadenza contrattuale (v. comma 32, lett. b. e c.).

È invece rimasta immutata la disciplina inerente alla riduzione progressiva della partecipazione pubblica in società quotate in borsa beneficiarie di affidamenti diretti assentiti sino alla data del 1° ottobre 2003, come già delineata dalla Legge di Stabilità (cfr. comma 32, lett. d).

Il D.L. 1/2012 ha, poi, introdotto,

nell’art. 4 del D.L. 138/2011, il comma 32-ter, in base al quale, al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell’erogazione dei servizi pubblici locali, i gestori sono tenuti ad assicurare la regolare prosecuzione delle attività anche oltre le scadenze del regime transitorio, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all’apertura del mercato alla concorrenza.

Lo stesso D.L. 1/2012 ha, quindi, ulteriormente precisato l’ambito di applicazione della regolamentazione dettata dall’art. 4 del D.L. 138/2011: essa deve trovare applicazione a tutti i servizi pubblici locali (fatte salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della stessa), prevalendo anche sulle discipline di settore con essa incompatibili, ad eccezione del servizio idrico integrato, del servizio di distribuzione di gas naturale, del servizio di distribuzione di energia elettrica, nonché della gestione delle farmacie comunali. Con riguardo al trasporto pubblico regionale ferroviario sono fatti salvi, fino alla scadenza naturale dei primi sei anni di validità, gli affidamenti e i contratti di servizio già deliberati o sottoscritti in conformità all’art. 5 del regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio ed in conformità all’art. 61 della L. 99/2009 (v. art. 4, commi 34, 34-bis e 35).

Ma l’aspetto di forse maggiore rilevanza della novella contenuta del D.L. 1/2012 è rappresentato dall’introduzione dell’art. 3-bis del D.L. 138/2011.

La disposizione in questione, rubricata “Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali”, prevede anzitutto che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano debbano, entro il termine

del 30 giugno 2012, organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei individuati “in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l’efficienza del servizio”. A tutela dell’unità giuridica ed economica, decorso inutilmente il predetto termine, il Governo è legittimato ad esercitare poteri sostitutivi (v. art. 3-bis, comma 1).

La suddetta prescrizione va messa in relazione con le modifiche apportate, dallo stesso D.L. 1/2012, al regime transitorio dell’art. 4, comma 32, lett. a.), del D.L. 138/2011, con cui, in deroga alla cessazione automatica degli affidamenti diretti non conformi entro il 31 dicembre 2012, si è inteso favorire percorsi di integrazione degli attuali gestori: “l’affidamento per la gestione ‘in house’ può avvenire a favore di azienda risultante dalla integrazione operativa, perfezionata entro il termine del 31 dicembre 2012, di preesistenti gestioni dirette o in house tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell’art. 3-bis... La durata dell’affidamento in house all’azienda risultante dall’integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni”.

L’art. 3-bis, comma 2, del D.L. 1/2012 aggiunge poi che, a decorrere dal 2013, l’applicazione di procedure a evidenza pubblica per l’affidamento dei servizi da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali dell’ambito o del bacino costituirà elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai fini del nuovo patto di stabilità interno (l’intento è evidentemente quello di incentivare gli enti locali

al rispetto delle nuove disposizioni, con la prospettiva di accedere ai conseguenti benefici finanziari).

Ulteriori incentivi finanziari sono previsti dal comma 3, in base al quale i finanziamenti concessi a valere su risorse pubbliche statali sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa (v. art. 3-bis, comma 3). La disposizione in questione, peraltro, sembra confermare l'esigenza di enti intermedi competenti a gestire i servizi pubblici locali nell'ambito (almeno) provinciale.

Viene poi ribadito (ma la prescrizione pare forse ridondante rispetto a quanto già sancito nell'art. 4, commi 14, 15 e 17) che le società affidatarie "in house" sono assoggettate al patto di stabilità interno, sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni del Codice dei contratti, e sono tenute ad adattare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 165/2001 nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per le consulenze anche degli amministratori (v. art. 3-bis, commi 4 e 5, D.L. 138/2011).

Appare arduo, allo stato, esprimersi sulla portata della novità recate dal citato art. 3-bis del D.L. 138/2011. Non solo per la lapidarietà precettiva del suo primo comma, che non age-

vola l'attività di chi voglia sondarne le implicazioni teoriche e le problematiche attuative. Ma anche poiché la disciplina dallo stesso tratteggiata sembra porsi in distonia con le finalità e le regole delineate dall'incipit del successivo art. 4.

Infatti, mentre da un lato (art. 4) si era affermata la liberalizzazione dei servizi pubblici locali sulla base di valutazioni demandate ai singoli enti locali, dall'altro (art. 3-bis) sembra ora ascrivere alle sole Regioni il compito di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali, rispetto ai quali viene preconizzata la costituzione di nuovi enti di governo dell'ambito o del bacino.

Del resto - a tacere di numerosi altri aspetti incerti - i dubbi principali si incentrano anche sull'ambito di operatività dell'art. 3-bis del D.L. 138/2011 (se lo stesso vada inteso come circoscritto alla stessa sfera di efficacia delineata dall'art. 4 e se, invece, debba considerarsi, in difetto di indicazioni sul punto, esteso sino a comprendere l'intero ed indifferenziato novero dei "servizi pubblici locali").

Le prospettive: tra presente e futuro

Alla luce di quanto innanzi ripercorso, può concludersi che l'attuale disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica si concentra negli artt. 3-bis e 4 del D.L. 138/2011, nel testo risultante dagli interventi modificativi apportati dalla recente, fibrillante, attività normativa in materia.

A questo punto, sarebbe auspicabile una stabilizzazione dell'articolato normativo di riferimento, che è stato interessato da continue e ravvicinate manipolazioni. Ma non pare troppo azzardato pronosticare l'arrivo di qualche altra novità.

Al momento della redazione del presente art., infatti, è ancora in corso l'iter parlamentare di conversione in legge del D.L. 1/2012. È dunque lecito aspettarsi che ulteriori modifiche e correzioni al D.L. 138/2012 possano sopraggiungere - come sovente avviene - attraverso le proposte emendative relative alla legge di conversione attualmente in via di elaborazione.

A ciò aggiungasi anche l'imminente adozione (prevista "entro il 31 marzo 2012") del Decreto Ministeriale preannunciato dall'art. 4, comma 33-ter, del D.L. 138/2011, con il quale dovranno essere definiti:

- i criteri per la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e per l'adozione della relativa delibera quadro;
- le modalità attuative della diffusione dei dati per la valutazione qualitativa del servizio erogato;
- ed ogni ulteriore misura necessaria ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni dettate dalla fonte primaria.

Insomma, la disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica non sembra aver trovato - ancora - una propria conformazione definitiva.

*Referente "Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici" - Università di Trento, Direttore sito Contratti-Pubblici.it