

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28881-nuove-regole-per-i-servizi-pubblici-locali-aperture-verso-le-societ-miste-e-spinta-alla-privatizzazione-riflessioni-sul-trasporto-pubblico-locale>

Autore: Capicotto Luisa

Nuove regole per i servizi pubblici locali: aperture verso le società miste e spinta alla privatizzazione. Riflessioni sul trasporto pubblico locale.

LUISA CAPICOTTO,

Nuove regole per i servizi pubblici locali: aperture verso le società miste e spinta alla privatizzazione. Riflessioni sul trasporto pubblico locale

1. Quadro generale delle nuove regole imposte dall'art. 15 L 166/2009. Il regime dei servizi pubblici locali di rilevanza economica introdotto dall'art. 23 bis del D.L. 112/2008 convertito in L. 133/2008 è stato recentemente modificato dalla Legge del 20/11/2009 n.166 (pubblicata in GU il 24/11/2009 ed entrata in vigore il 25/11/2009) di conversione del DL 135/2009.¹

Il Consiglio dei Ministri ha approvato ancora soltanto una bozza di regolamento di attuazione in data 17 novembre 2009.

Il **comma 1** dell'art 15 DL 135/2009 ha ridisegnato l'ambito oggettivo di applicazione del nuovo regime dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, escludendo dalla disciplina sull'affidamento, erogazione e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, nonché reti e impianti, la distribuzione del gas, la distribuzione di energia elettrica nonché il trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali.

Pur con le numerose esclusioni il corpo normativo si propone di definire una disciplina organica e generale dei servizi pubblici locali con non pochi problemi di coordinamento con le disposizioni di settore (es Dlgs 152/2006 smi per il settore dei rifiuti e del servizio idrico) e regionali.

I commi 2,3,4 dell'art. 23 bis della L. 133/2008 sono adesso sostituiti da un unico comma che aggiunge, alla fattispecie di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ad imprenditori e società di qualunque tipo mediante procedura ad evidenza pubblica secondo gli standard e principi comunitari l'ipotesi di affidamento a "società mista " pubblica - privata, che pertanto, viene inquadrata

¹ L. n.166/2009 del 20.11.2009 recante conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. (Pubblicata in GU n. 274 del 24-11-2009 - Suppl. Ordinario n.215). Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. (09G0145)", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 223 del 25 settembre 2009 (**Rettifica G.U. n. 227 del 30 settembre 2009**). **Il DL 135 del 2009** -in vigore il 25/09/2009. Per una articolata analisi degli emendamenti e dell'iter di conversione parlamentare del DL 135/2009 si veda www.parlamento.it –Servizio studi della Camera dei deputati. si veda www.parlamento.openpolis.it. La recente disciplina è stata introdotta con lo strumento della decretazione d'urgenza giustificata dalla preminente ed urgente finalità di adeguare l'attuale regolamentazione dei servizi pubblici locali alle prescrizioni dettate dalla Comunità europea e dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea per il tramite delle Direttive e della giurisprudenza dell'ultimo decennio.

espressamente come altra **fattispecie ordinaria (legale) di affidamento** della gestione dei servizi pubblici locali.

L'affidamento in questione alle società miste risulta validamente realizzato a condizione che sussistano entrambe i seguenti requisiti: i) il socio privato venga selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, anche detta “gara a doppio oggetto”, alludendo alla persona e all'attività che divengono entrambe oggetto di scelta concorsuale, ii) la misura della partecipazione privata non sia, in ogni caso, inferiore, al 40% del capitale sociale.

Il legislatore con la tecnica della decretazione d'urgenza ha voluto favorire le privatizzazione, sia pure nell'ottica della liberalizzazione, provocando a ben vedere una forte restrizione del campo di azione e di durata degli affidamenti diretti senza gara alle società pubbliche a discapito della par condicio degli operatori pubblici e privati ai fini della loro partecipazione alla concorrenza nel e per il mercato.

Viene rafforzato il concetto dell' *in house providing* come ipotesi eccezionale di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, con la conseguenza che le società totalmente pubbliche sono destinate a diventare un modello di governante residuale ed eccezionale a tutto vantaggio di un mercato in cui saranno sempre più presenti operatori totalmente privati o misti-pubblico-privato.

La nuova norma in esame, ha ribadito la straordinarietà ed eccezionalità dell'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico seguendo l'impostazione già impressa dall'art 23 bis L.133/2008. L'affidamento in house potrà essere legittimo solo in presenza di tutti i requisiti configurati dalla giurisprudenza propria dell' *“in house providing”*, ora sanciti anche dall' art 15 DL 135/2009 conv. in L 166/2009 rigorosamente interpretati sulla base della disciplina comunitaria e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

1.1. Up and down del legislatore rispetto alle società totalmente pubbliche

Assistiamo sempre più spesso ad un continuo legiferare nella materia dei servizi pubblici con un continuo *up and down* tra disciplina favorevole alla liberalizzazione e tutela della concorrenza in un mercato aperto sia agli operatori pubblici che privati che misti in posizione equiordinata, e disciplina che propende per una forte privatizzazione a ben vedere a scapito dell'effettiva concorrenza poiché si preclude alle società totalmente pubbliche l'accesso al mercato e la permanenza. In questo senso si deve notare un oscillamento continuo del legislatore nell'ultimo

decennio, in tema di servizi pubblici locali con una disciplina che viene modificata all'incirca ogni biennio massimo ogni triennio e che ha seguito un percorso sinuoso tra liberalizzazione e concorrenza e privatizzazione al di là di quanto la stessa tutela della concorrenza imporrebbe. Si è infatti assistito con l'introduzione dell' art 35 contenuto nella legge finanziaria per il 2002 (L 448/2001 ad un regime) volto a favorire il passaggio dalle aziende speciali alle società di capitali come affidatari e gestori dei servizi pubblici locali con l'obbligo di trasformare le aziende speciali e le gestioni dirette dei servizi pubblici locali in società di capitali, generalmente in S.p.A. Gli altri aspetti importanti in materia di novità legislative sono stati introdotti dalla Finanziaria 2004, o meglio dai combinati disposti tra Finanziaria vera e propria, legge 350/03 e decreto legge 269/03 di accompagnamento, convertito con legge 326/03, che ha corretto e reimpostato alcune parti dell'art.35 della legge 448/01.

La rimodulazione dell'art.35 della legge 448/01, cioè del TUEL, ha stabilito che i servizi pubblici locali a rilevanza economica possano essere gestiti non solo da S.p.A. miste ma anche da S.p.A. al 100% pubbliche. Ciò è stato senz'altro positivo ai fini della tutela del carattere pubblico dei servizi locali di interesse generale rispetto alla precedente previsione della sola S.p.A. mista, ma rimane il fatto che la forma "tutta pubblica" concessa è quella della società di capitali (S.p.A) quindi formalmente privatistica. Fino ad arrivare all'art 23 bis della L 112/2008 e poi all'art 15 della L 166/2009 che impongono il principio della straordinarietà ed eccezionalità dell'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, legittimo solo in presenza dei requisiti prefissati tipici dell' "*in house providing*", rigorosamente richiamati ed interpretati in conformità alla disciplina e ai principi comunitari. Mentre l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica diventa la regola.

1.2. Le regole dell' affidamento diretto e il regime transitorio

L'eccezionalità e la straordinarietà della c.d. gestione *in house providing*, viene fortemente ad incidere sulle modalità della procedura e sul provvedimento finale di affidamento. Infatti, la nuova norma conferma la necessità per l'Ente affidante di redigere una relazione motivata che deve evidenziare le esigenze di mercato (morfologiche- socio-ambientali) in base alle quali è difficile il ricorso alla gara, che dovrà essere sottoposta al vaglio dell' Autorità garante del mercato e della concorrenza per rilasciare un parere preventivo all'affidamento.

Il legislatore, recependo le difficoltà applicative ed interpretative derivanti dall'art. 23 bis D.L. 112/2008, ha meglio articolato le modalità per il rilascio del predetto parere preventivo-obbligatorio, parzialmente vincolante, da emanarsi entro un termine di 60 giorni dalla ricezione della relazione motivata. Trascorso inutilmente il suddetto termine si applica il silenzio-assenso.

Il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si configura, come parere obbligatorio- semivincolante e necessariamente preventivo rispetto alla deliberazione di affidamento del servizio pubblico locale.

L'interpretazione prevalente, configura il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come non pienamente vincolante. L'Ente locale affidante potrà, infatti, discostarsi o operare in contrasto con il parere purché venga fornita idonea ed adeguata motivazione.

Il **comma 8 dell'art 15 della L 166/2009** stabilisce, in via diretta e dettagliata, la fase transitoria relativa agli affidamenti in essere che si presentano difformi rispetto al nuovo regime, con ciò superando ed abrogando la previgente disciplina transitoria prevista dall'art 23 bis della L 133/2008 che affidava ad un emanando regolamento governativo il compito di disciplinare il regime transitorio. E' curioso osservare come il legislatore ha preferito intervenire direttamente ed urgentemente con un decreto legge dettando nuove regole più incisive ed innovative per l'affidamento dei servizi pubblici locali e non (come avrebbe dovuto ai sensi dell'art 23 bis) mediante un regolamento attuativo. Il regime transitorio individua tre fattispecie di affidamenti difformi ai quali si assegna una scadenza specifica. Si possono elencare le seguenti scadenze:

a) gli affidamenti in house cessano il 31.12.2011 ovvero alla scadenza naturale del contratto di servizio se, a quella data l'ente locale ha ceduto la proprietà ai privati almeno per il 40%;

b) gli affidamenti a società quotate cessano alla scadenza del contratto se la quota pubblica e' stata diminuita al di sotto del 40% entro il 30.06.2013 ed entro il 31.12.2015 se viene diminuita al di sotto del 30% ; se la quota pubblica non viene progressivamente diminuita gli affidamenti alle società quotate cessano il 30.06.2013 o il 31.12. 2015;

c) in tutti gli altri casi gli affidamenti difformi cessano al 31.12. 2010, e quelli già conformi persistono fino alla naturale scadenza del contratto di servizio e relative convenzioni.

- Il **comma 1-bis**, aggiunto dall'art 15 DL 135/2009, consente la prosecuzione, oltre il termine del 31.12.2010, dei contratti di trasporto pubblico locale su gomma, non affidati tramite gara, già in essere alla data di entrata in vigore della legge 166/2009 nelle Regioni a statuto speciale e nelle province autonome.

- Il **comma 1-ter**, che è stato aggiunto dall'art 15 DL 135/2009, introduce un importante principio in merito al **servizio idrico**, stabilisce che tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'art 23 bis L 133/2008, devono essere rispettose del principio di autonomia gestionale del soggetto gestore e ribadisce la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo deve essere attribuito, esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e al prezzo del servizio, in attuazione del D.Lgs.152/2006 smi (Codice ambientale).

Resta ferma l'esigenza, sia pure nell'ottica della liberalizzazione anche del servizio idrico, che venga garantito, in ogni caso, il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.

- Il **nuova comma 2**, aggiunto dall'art 15 DL 135/2009, con riguardo al settore idrico, ha soppresso il quarto periodo dell'articolo 9-bis, comma 6, recentemente introdotto dal D.L.39/2009 - eliminando così la competenza della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche in merito al parere preventivo per le concessioni di affidamenti "*in house* " che, pertanto, viene attribuita esclusivamente all'Autorità' Antitrust.

- Il **comma 2-bis**, introdotto nel corso dell'esame e discussione al Senato del DL 135/2009, ha prorogato di ulteriori sei mesi (fino alla metà di febbraio 2010) l'applicazione della tariffazione ai rifiuti assimilati per le quantità conferite al servizio di gestione dei rifiuti urbani

- Il **comma 2-ter** , aggiunto dall'art 15 DL 135/2009, ha prorogato dal 31.12.2009 al 31.12.2010, il termine entro il quale non sono ammessi in discarica i rifiuti con PCI (Potere calorifico inferiore) superiore a 13.000 kj/kg (il cd. *fluff* di frantumazione degli autoveicoli), previsto dall 'art.6, comma 1, lett. *p*)del decreto legislativo n.36 del 2003 e s.m.i..

- Il **comma 2-quater**, aggiunto dall'art 15 DL 135/2009, ha spostato a 210 giorni, il termine originariamente fissato in 120 giorni dall' art 8-sexies del D.L.208/2008, entro il quale dovrà essere determinato l 'importo della quota di

tariffa non dovuta dagli utenti, relativamente all' esercizio del servizio di depurazione che dovrà essere restituita dai gestori del servizio idrico integrato.

2. Portata generale e ambito oggettivo dell'art 15 L 166/2009

Durante l'iter di conversione parlamentare del DL 135/2009 a seguito della discussione in Senato sono stati inseriti ben 5 commi.

All'esito dei lavori parlamentari, è rimasta inalterata la cornice e l'inquadramento della disciplina sull'affidamento e gestione dei servizi pubblici locali nell'ambito della disciplina comunitaria volta alla promozione della libera concorrenza e della libera prestazione dei servizi di interesse generale da parte di tutti gli operatori economici interessati alla gestione dei servizi in ambito locale.

Viene in aggiunta, rimarcato il necessario rispetto del quadro costituzionale, secondo quanto sancito già dal testo dell'art 23 –bis L 133/2008, nonché il rispetto del *“diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali del livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”*.

Viene confermato con la L 166/2009 il principio generale introdotto dall'art 23 bis della L 133/2008 dal quale discende che l'articolo 15 della L 166/2009 ha valenza generale e prevalente sulle discipline di settore.

Come osservato più volte in dottrina non è la prima volta che la norma generale integra e prevale rispetto alle disposizioni di settore, sovvertendo la regola *lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

Tale portata generale dell'art 15 citato vuol dire letteralmente che la disciplina dell'art 15 L 166/2009, come già quella dettata dall'art 23 bis L 133/2008, si applica a tutti i servizi pubblici locali (tranne quelli esclusi) e prevale sulle discipline di settore.

Le disposizioni delle leggi di settore rimangono applicabili in via residuale e nei limiti in cui risultino compatibili con l'attuale testo normativo nel rispetto dei principi costituzionali e comunitari e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sotto questo profilo, emergono dubbi ed interrogativi, già sulla base di una prima lettura delle disposizioni dell'art 15 citato, in merito all'effettiva opportunità di introdurre con una legge di conversione di rango primario la nuova disciplina dei

servizi pubblici locali, quando in realtà era atteso un regolamento governativo, ai sensi dell'art 23 bis L 133/2008.

Non risulta immediatamente comprensibile l'urgenza di sostituire il regolamento governativo attuativo (fonte secondaria) con un Decreto legge (appunto D.L. 135/2009) che va ben oltre la attuazione e integrazione/specificazione dell'art 23 bis, spingendosi a restringere lo spazio vitale delle imprese pubbliche affidatarie senza gara che saranno costrette ad aprire la proprietà ai privati e ad acquisire necessariamente la partecipazione specificamente operativa del socio privato, se intendono stare nel mercato e proseguire la gestione dei servizi pubblici locali.

Viene inoltre inibito alle società pubbliche affidatarie senza gara di partecipare alle nuove gare per l'aggiudicazione del servizio con la *ratio* di evitare abusi di posizioni dominanti da un lato ma con un chiaro effetto discriminatorio delle imprese a capitale interamente pubblico rispetto agli altri operatori economici.

Ritornando alla lettura della norma introdotta dal DL 135/2009, la lettera a) dell'art. 5 modifica il comma 1, terzo periodo, dell'art 23-bis L. 133/2008, fa' salve, escludendole dalla disciplina di carattere generale dello stesso art.23-bis appena citato, (il settore del gas disciplinato dal Dlgs 164/2000 e s.m.i. peraltro già escluso con la legge 23 luglio 2009 n.99 (art. 30,comma 26) le disposizioni in materia di distribuzione di energia elettrica e di trasporto ferroviario regionale, che rimangono disciplinate e regolate, rispettivamente, dal decreto legislativo 16 marzo 1999,n.79 e dalla legge 23 agosto 2004, n.239 (per il settore dell' energia elettrica) e dal decreto legislativo 19 novembre 1997 n.422 (relativamente al trasporto pubblico ferroviario regionale).

Inoltre, in esito ad una modifica introdotta nel corso dell'esame e discussione del testo al Senato e' stata fatta salva, quindi esclusa, anche la disciplina della gestione delle farmacie comunali, regolata dalla legge 2 aprile 1968, n.475, che rimane sottoposta alla specifica disciplina settoriale.

La legge 23 luglio 2009 n.99 all' art. 30, comma 26 aveva già modificato la disciplina di individuazione degli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, in precedenza regolate dall'art 46-bis del decreto -legge 1 ottobre 2007, n.159 (convertito in legge 29 novembre 2007, n.222), che la affidava, senza la previsione di un termine, al Ministro per lo sviluppo economico,di concerto con il Ministro dei rapporti con le

regioni e previo parere della Conferenza unificata e dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

L'art 15 nella versione definitiva convertita in legge 166/2009, ha circoscritto specificamente l'arco temporale di intervento, fissando al 31.12. 2012 il termine entro il quale dovranno essere stabiliti detti ambiti territoriali con le modalità già citate, ma tenendo conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali, e con un ambito territoriale non inferiore al territorio comunale di riferimento.

3. Modalità ordinarie di affidamento

La lettera b) della nuova norma citata, sostituisce i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis L 133/2008, introducendo un novellato comma 2, che come già evidenziato nell'introduzione, aggiunge la previsione di una seconda modalità "ordinaria " per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, oltre a quella della gara tra più imprenditori e società di qualunque genere.

Rientra, pertanto, nella fattispecie ordinaria di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica anche l' affidamento alle società "miste " (a partecipazione pubblica- privata) purché la selezione del socio privato avvenga mediante gara, secondo gli stessi principi già invocati per l'affidamento con gara a tutte le società in qualunque forma costituite e secondo il meccanismo delle gare "*a doppio oggetto* ", nel senso di mettere a gara: la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

In aggiunta, occorre che il socio privato abbia una partecipazione non inferiore al 40 per cento e sempre, nel rispetto dei principi di matrice comunitaria dei contratti pubblici e dei principi costituzionali di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con la comunicazione sull'art 23 bis comma 3, del 16.10.2008 aveva già chiarito che le società miste rientrano a pieno titolo tra le ipotesi ordinarie di affidamento con gara della gestione dei servizi pubblici locali al pari di tutti gli altri soggetti, economici elencati nel comma 2 dell'art 23 bis.

La precisazione ha avuto una portata di rilievo notevole con l'effetto che le società miste possono essere aggiudicatarie della gestione del servizio pubblico locale all'esito di una gara e con la conseguenza importantissima che esse possono,

pertanto, svolgere la propria attività d'impresa al di fuori degli ambiti territoriali degli Enti costituenti e partecipanti.

La Comunicazione n.2008/C91/02 pubblicata in Gazzetta dell'Unione Europea del 12.4.2008, è un atto con cui la Commissione ha imposto la gara per la selezione del partner privato con ciò attraendo nell'ambito dei modelli dell'affidamento ordinario con gara l'aggiudicazione a favore delle società miste.

Nel parere viene eliminata la doppia gara per l'affidamento del servizio pubblico locale ad una società mista che deve essere equiparata a qualsiasi operatore privato sia nel caso in cui sia stata costituita *ab origine* come mista e come tale sia divenuta direttamente aggiudicataria del servizio a seguito di una gara, sia nel caso in cui derivi da un pregresso rapporto in house e il partner privato derivi dalla selezione mediante gara.

L'art 23 bis della L 133/2008 aveva riconosciuto alle società miste di operare al di fuori dei ristretti limiti territoriali dell'ente o degli enti di riferimento.

4. Affidamento in house

Il comma 3 novellato dell'art 15 L 166/2009, concerne la fattispecie del conferimento in via straordinaria eccezionale derogatorio alle modalità ordinarie di affidamento: c.d. dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea “*in house providing*”.²

La nuova norma specifica ulteriormente i presupposti dell'eccezionalità del regime derogatorio c.d. *in house*, modificando ulteriormente sul punto la disciplina previgente³.

In particolare, l'affidamento “*in house*” viene ammesso dal legislatore per le “situazioni eccezionali”, particolarmente caratterizzate sotto un profilo economico, sociale ed ambientale e geomorfologico e tali da escludere un efficace ricorso al mercato. La norma specifica ed aggiunge al testo precedente, la previsione per cui l'affidamento “*in house*” è possibile solo 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*”, nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di

² Sul tema si veda ampiamente la tesi di dottorato *La disciplina dei servizi pubblici Locali. Innovazioni nelle fonti comunitarie - costituzionali- e nazionali.* Di Avv. Luisa Capicotto, aggiornata a settembre 2006 pubblicata sul sito di ETD Università di Pisa(www.etd.adm.unipi.it) e altri scritti sui servizi pubblici locali su www.servizi pubblici.it e www.diritto.it

³ Recependo la Comunicazione della 5.2.2008 della Commissione già l'art 23 bis aveva riconosciuto alle società miste di operare al di fuori dei ristretti limiti territoriali dell'ente o degli enti di riferimento.

prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

5. Il quadro giurisprudenziale comunitario e nazionale più recente: in house providing e modelli societari

La Corte di giustizia CE, Sez III con la sentenza 10 settembre 2009 n.C-573/07 (in linea con la precedente sentenza del 18.7.2008 C 371-05) ha affermato, innovando l'orientamento precedente, che : *“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 su propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.”* .

Inoltre, ribadisce la Corte l'importante principio della certezza del diritto, esige di valutare la legittimità della situazione in house sulla base della situazione vigente al momento della deliberazione dell'ente locale affidante. In applicazione di tale principio la mera possibilità di apertura del capitale sociale dell'affidataria ad investitori privati non è sufficiente ad escludere il controllo analogo.

La Sentenza ha modificato profondamente l'orientamento esistente, mitigando quanto sancito dalla sentenza della Corte di Giustizia per il c.d. caso TEKAL e poi per il caso c.d. PARKING PRIXEN che si fondano sul principio in base al quale la sola previsione, inserita nello Statuto, di possibile apertura del capitale sociale pubblico a investitori privati, fosse sufficiente ad escludere i requisiti per l'in house.

Il Consiglio di Stato con sentenza 3.2.2009 n.591 impone un contrario orientamento più rigoroso riconoscendo 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”*.

La sentenza del Consiglio di Stato sez V del 26.8. 2009 n.5082, in linea con la costante giurisprudenza comunitaria della Corte europea, inserisce l'importante

precisazione che la vocazione commerciale deve essere “schiettamente commerciale”, tale da distogliere dalla cura primaria dell’interesse pubblico per escludere i requisiti dell’*in house*.

Non deve esserci alcuna possibilità che la società affidataria possa agire secondo logiche di impresa che mal si conciliano con lo schema dell’*in house*, con l’immedesimazione organica e con la prevalenza dell’attività che devono sussistere per configurarsi legittimamente l’*in house providing*.

Per le società miste, un principale orientamento, già affermava che l’Ente locale può limitarsi ad esperire solo la gara pubblica per la ricerca del socio, a condizione che via sia una sostanziale equiparazione tra quest’ultima e la gara per l’affidamento del servizio pubblico. (Consiglio di Stato Adunanza plenaria 3.3.2008 n.1, Consiglio di Stato sez VI 16.3.2009 n.1555 e Consiglio di Stato sez II parere 457 del 2006).

Sui requisiti per l’affidamento *in house*, mentre l’art 23 bis al comma 3, consentiva tale modalità in via eccezionale purché nel rispetto dei principi comunitari genericamente richiamati: ovvero “*per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche ed ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un utile ricorso al mercato*” la nuova disciplina, ai sensi dell’ art 15 L 166/2009 richiama espressamente i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria.

Si può sintetizzare riconoscendo che l’attuale orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, ormai prevalente e pacifico, individua la fattispecie dell’*in house providing*, quando la società affidataria si possa definire una *longa manus* dell’ente affidante, quindi sia riconducibile allo stesso ente affidante o ad una sua articolazione e svolga l’attività prevalentemente per l’Ente a cui appartiene.

Tuttavia, tali condizioni fondanti dell’istituto dell’*in house* non venivano esplicitate nell’art 23 bis comma 3, mentre la nuova versione approvata mediante la conversione dell’art 15 del DL 135/2009 chiarisce che - condizione essenziale- perché la società affidataria possa essere qualificata come una *longa manus* dell’ente affidante è la necessaria esistenza di un rapporto di delegazione interorganica tra l’ente affidante e il soggetto affidatario.

La norma ripristina, in questo modo, i requisiti tipici dell’*in house* e ribadisce, in qualche modo, che questi devono verificarsi unitamente ai presupposti già introdotti dall’art 23 bis, documentati alla Autorità garante della concorrenza e del

mercato, legati alle caratteristiche territoriali e scio-economiche ambientali, esterne al rapporto di delegazione interorganica, che non consentono l'utile ricorso al mercato.

E' interessante notare come recentemente il Consiglio di Stato, con una sentenza successiva all'art 15 della L 166/2009 è intervenuto con riferimento all'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti con sentenza della Sez V 29 dicembre 2009 n. 8970.

Il Giudice Amministrativo ha sancito che **in ordine alla legittimità dell' affidamento in house ad una società partecipata da più enti pubblici, ed alla sussistenza del requisito del controllo analogo, non occorre il controllo totalitario degli enti pubblici, ma è sufficiente un controllo deliberato a maggioranza da parte degli enti pubblici.** In considerazione delle sentenze: 13.11.2008, causa C-324/07 ("Coditel"); 9.6.2009, causa C-480/06; 10.9.2009, causa C-573/07, della Corte di Giustizia CE, ha ribadito il Consiglio di Stato, gli Enti partecipi di una società in house possono esercitare il controllo collettivamente, deliberando a maggioranza all'interno degli organi sociali nei quali siedono i loro rappresentanti⁴. Il requisito del "controllo analogo" postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare "tutta" l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento; è indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (cfr. in tal senso Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082).

Deve, infine, osservarsi che l'art 23 bis aveva già eliminato la previsione delle tre forme organizzative equivalenti : 1- affidamento con gara, 2- affidamento con gara a società mista ; 3- affidamento diretto o *in house providing* – in precedenza imposti dall'art. 113, comma 5 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ed aveva istituito la regola secondo cui l' evidenza pubblica deve intendersi come la procedura ordinaria per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed i modelli

⁴ Il "*controllo analogo*" non postula necessariamente anche il controllo esclusivo, da parte del socio pubblico, sulla società e sull'attività da questa posta in essere, ben potendo questo essere riconosciuto anche in ipotesi di controllo congiunto che assicuri il raggiungimento della maggioranza nelle votazioni assembleari.

organizzativi dei successivi commi 2,3,4 dell'art 23 bis L 133/2008 come modelli del tutto residuali.

Con l'art 15 L 166/2009 l'affidamento con gara alle società private o miste diviene la regola generale e la forma ordinaria di affidamento, mentre le società che gestiscono il servizio pubblico in virtù di un affidamento diretto saranno costrette a cessare nell'arco di pochi anni a seconda delle specificità del caso o vendere la proprietà a privati per poter sopravvivere ed indire a breve procedure ad evidenza pubblica per la selezione del partner privato e la cessione della quota minima imposta dalla norma in commento.

La disposizione comporta una netta esclusione delle società totalmente pubbliche che attualmente operano secondo i principi *dell'in house providing* dagli obblighi e dai diritti del mercato che si protrarrà per il futuro senza alcun rispetto del criterio della equiordinazione tra tutti gli operatori.

Analoghe critiche erano state mosse all'art 13 del DL 4 luglio 2006, n. 223 convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 223/2006 che al «*fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori*», vincolava «*le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza*» ad «*operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti*», precisando che la norma restrittiva non può essere aggirata nemmeno attraverso la partecipazione ad altre società o enti.

La norma veniva riproposta nel comma 9 dell'art 23 bis del DL 112/2008 oggi modificato dall'art 15 del DL 135/2009 convertito nella L 133/2009.

6. Il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Il comma 4 novellato, dell'art 15, introduce, nel procedimento che conduce all'affidamento *in house*, il meccanismo del silenzio-assenso, trascorsi 60 giorni senza che sia stato emesso il parere da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle ipotesi «straordinarie» di affidamento «*in house*».

Non viene previsto, ai fini dell'utile decorso del termine per il rilascio del parere l'interruzione del decorso dei sessanta giorni in caso di attività interlocutoria, come, ad esempio, un'eventuale richiesta di chiarimenti da parte dell'Autorità in caso di domande non sufficientemente motivate.

Il parere è obbligatorio (deve essere necessariamente richiesto come condizione di legittimità della procedura)ma potrebbe essere ritenuto non vincolante, potendo, l'ente locale procedere in difformità, con obbligo di motivazione. Non sono chiare le condizioni di un affidamento in difformità poiché la norma non prevede alcuna sanzione, in caso di scostamento.

Inoltre, al fine di snellire la procedura ed evitare sovrapposizioni di competenze, viene eliminato il parere delle autorità di regolazione del settore, che era stato previsto dall'art 23-bis nella sua formulazione originaria, in aggiunta a quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La **lettera c)** dell'art 15 aggiunge un comma 4-bis all'art.23-bis , prevedendo l'istituzione delle soglie minime oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere dell'Autorità' antitrust per l'affidamento "*in house* ", previsto dal comma 4.

A seguito di una modifica introdotta al Senato, la definizione delle soglie minime viene demandata ai regolamenti governativi previsti dal comma 10 del 'art 23-bis e non più all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, come disponeva originariamente il decreto-legge.

7. Il regime transitorio

La **lettera d)** dell'art 15 comma 8, sostituisce i commi 8 e 9 dell'art.23-bis citato, con il comma 8 dell'art 23-bis novellato, che regola dettagliatamente il **regime transitorio** degli affidamenti "non conformi", rispetto a quanto stabilito ai (novellati)commi precedenti. Viene così abrogato il comma 10, lettera e)del testo previgente che demandava ad un regolamento la definizione del regime transitorio⁵.

Il settore idrico, a seguito delle modifiche introdotte in fase di conversione, viene ricompreso nella generale disciplina transitoria, articolata come segue:

- le gestioni "*in house* " conformi ai principi comunitari,esistenti al 22 agosto 2008,cessano

⁵ Il testo previgente -per questa parte -riguardava solo le concessioni del servizio idrico integrato (che sarebbero cessate automaticamente alla data del 31 dicembre 2010).

automaticamente ed improrogabilmente il **31 dicembre 2011**, a meno che, secondo il testo della norma integrato dal Senato, le amministrazioni, entro tale data, non acquisiscano con gara pubblica un socio privato con una quota almeno pari al 40% in questo caso le gestioni cessano alla scadenza indicata nel contratto;

- le gestioni affidate senza gara a società miste, qualora vi sia stata gara per la selezione del socio privato, sempre nel rispetto dei principi stabiliti dalla disciplina ordinaria (di cui alla lettera *a*) del comma 2), che *non abbiano* avuto il “doppio oggetto” (qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio) cessano automaticamente ed improrogabilmente al **31 dicembre 2011**;

- le gestioni rientranti nella fattispecie precedente, affidate però con gare a “doppio oggetto” (qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio) non decadono, ma cessano alla scadenza prevista;

- gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, sono sottoposti a due diversi regimi: A) cessano alla scadenza prevista gli affidamenti per i quali la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, con gare o con forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro, come stabilito dal **Senato**, il 31 dicembre 2015 e non più il 2012. Inoltre, il **Senato** ha aggiunto l'ipotesi di riduzione inferiore al 40% da raggiungere però in un tempo più breve, ovvero per il 30 giugno 2013; B) negli altri casi, gli affidamenti cessano improrogabilmente ed automaticamente al **30 giugno 2013** (per le società in cui il socio pubblico non ha ridotto entro questa data la sua quota nemmeno del 40%) o al **31 dicembre 2015** (per le società in cui il socio pubblico non ha ridotto entro questa data la sua quota almeno del 30%);

- tutte le altre gestioni (che non rientrano nei casi precedenti) cessano automaticamente entro e non oltre la data il **31 dicembre 2010**.

8. Divieti- penalità per i soggetti affidatari diretti: il caso dei servizi di trasporto pubblico

Il comma 9 dell'art 23-bis, nel testo novellato, pone una serie di divieti in capo ai titolari di servizi pubblici locali affidati senza gara.

Viene esclusa la possibilità di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero di operare in ambiti territoriali diversi, e di svolgere servizi o attività per altri enti

pubblici o privati in senso ampio, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né mediante la partecipazione a gare.

La novella definisce diversamente i soggetti affidatari “*in house*” che incorrono nel divieto e inserisce tra i destinatari anche le società miste affidatarie alle nuove condizioni previste dalla norma in esame.

Riepilogando il divieto colpisce: a) le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, o di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero “*in house*”; b) le società miste, affidatarie ai sensi del comma 2, lettera b).

La nuova disposizione specifica, a differenza di quella previgente, che il divieto opera per tutta la durata della gestione e quindi viene ad avere una portata paralizzante per l'affidataria del servizio.

Restano escluse dall'ambito di applicazione, come peraltro già nel previgente regime, le società quotate in mercati regolamentati e, come aggiunto dal Senato, viene escluso anche il socio privato selezionato con gara pubblica.

La disposizione, infine, viene ad abrogare la previgente disposizione, secondo cui, per l'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, si procede in ogni caso mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica entro la data del 31 dicembre 2010.

Le modalità di partecipazione alle gare degli affidatari diretti, consentono 1- la possibilità di concorrere in tutto il territorio nazionale; 2- la prima gara utile per la loro partecipazione è quella successiva alla cessazione del servizio; 3- possono partecipare a gare aventi ad oggetto i servizi da essa forniti.

Le **lettere e), f) e g)** modificano il comma 10 dell'art.23-*bis* introducono una serie di modifiche per snellire la procedura.

In particolare, **la lettera e)**, demanda al Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e sentita la Conferenza unificata, nonché le competenti Commissioni parlamentari, il compito di adottare entro il prossimo 31 dicembre 2009, uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n.400, per completare la disciplina dei servizi pubblici locali.

La **lettera f)** specifica l'oggetto dell'adottando regolamento, con la precisazione che la sottoposizione al patto di stabilità riguarda i soggetti affidatari cosiddetti "*in house*" (mentre non vengono menzionate le società miste) tenendo conto delle scadenze del regime transitorio stabilite dal comma 8. Società "*in house*" e società miste restano sottoposte a gara per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

La **lettera g)**, sopprime la lettera *e)* del comma 10 dell'art 23-*bis*, che demandava al regolamento la disciplina della fase transitoria, disciplinata appunto, direttamente con legge con le modalità e nei termini di cui al comma 8 sopra citato.

Il **comma 1-*bis***, introdotto nel corso dell'esame al Senato, esclude dalla cessazione entro il 31 dicembre 2010 (prevista dal comma 8, lett *e*) per le gestioni dirette, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma, affidati con procedura diversa dalla gara, ai sensi dell'art. 61 della legge 23 luglio 2009 n.99, nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e Bolzano.

Il citato articolo 61 della legge n.99/2009, richiamando l'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007, in vigore dal 3.12.2009, consente alle regioni e agli enti locali di svolgere direttamente i servizi di trasporto pubblico regionale e locale o di affidarli, oltre che mediante una procedura di gara, mediante affidamento *in house*.

Riguardo alla tutela e uso delle risorse idriche è stato introdotto dal Senato, il principio della autonomia gestionale del soggetto gestore del servizio idrico integrato e sancita la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche richiamando l'applicazione del Dlgs 152 del 2006 e s.m.i.

Il **comma 2** dell'articolo 15 in esame, sopprime il quarto periodo dell'articolo 9-*bis*, comma 6 del D.L. 39/2009.

Viene meno, pertanto, la competenza della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche sul parere preventivo per la concessione di affidamenti "*in house*" in conformità e coerenza all'articolo 23-*bis* novellato, comma 4, che ha eliminato il parere dell'Autorità di settore ove istituita, richiedendo solo un parere dell'Antitrust.

Il **comma 2-*bis*** introdotto nel corso dell'esame al Senato proroga di ulteriori sei mesi (fino a metà febbraio 2010) l'applicazione della tariffazione ai rifiuti assimilati per le quantità conferite al servizio di gestione dei rifiuti urbani. Il termine

attualmente previsto dal decreto legislativo 152/2006 (art.195 comma 2 lett.e) è di 18 mesi.

Il **comma 2-ter**, introdotto nel corso dell'esame al Senato, proroga dal 31 dicembre 2009 al 31 dicembre 2010, il termine entro il quale non sono ammessi in discarica i rifiuti con PCI (Potere calorifico inferiore) superiore a 13.000 kj/kg (il cd.fluff di frantumazione degli autoveicoli), previsto dall' art.6,comma 1, lett p) del decreto legislativo n.36 del 2003.

Il **comma 2-quater** , introdotto nel corso dell'esame al Senato, differisce il termine (fissato in 120 giorni dall 'art 8-sexies del D.L.208/2008) entro il quale deve essere fissato l 'importo della quota di tariffa non dovuta per esercizio del servizio di depurazione che i gestori del servizio idrico integrato dovranno restituire entro il nuove termine che viene spostato da 120 a 210 giorni.

Pare questa la soluzione di compromesso elaborata dal legislatore per consentire alle società totalmente pubbliche di aprirsi al privato, organizzandosi per indire le gare per la privatizzazione, così non rinunciando al mercato e consentendo la prosecuzione dei contratti in essere per la loro naturale durata.

9. Il caso del trasporto pubblico locale

Già sorgeva, in vigore dell'art 23 bis ante DL 135/2009, l'interrogativo se l'art 23 bis come convertito dalla L 133/2008 si applicasse integralmente al settore di trasporto pubblico locale, superando il Dlgs 422 del 1997 o dovesse continuare ad applicarsi la normativa di settore.

L'interrogativo è ancora più attuale a seguito dell'entrata in vigore dell'art 15 del DL 135/2009convertito nella L 166/2009.

L'art 15 della L. 13/2009 esclude espressamente dall'ambito di applicazione della nuova disciplina dei servizi pubblici solo il trasporto ferroviario regionale, ne segue *per tabulas* che la nuova disciplina si applica al servizio di trasporto pubblico locale fatta eccezione per quello ferroviario regionale.

La disciplina attuale del servizio di trasporto pubblico locale, viene individuata alla luce del combinato disposto del comma 1 che la include nell'ambito di applicazione della nuova disciplina (eccetto il trasporto pubblico ferroviario espressamente escluso) e del comma 1-bis dell'art 15 L 133/2009.

Deve osservarsi preliminarmente che la nuova norma seguendo quanto già disposto dall'art 23 bis L 133/2008 comma 1, comporta la generale applicazione a

tutti i servizi pubblici locali della nuova disciplina (già avviata dall'art 23 bis cit.) e prevale sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

Il comma 1 citato definisce l'ambito di applicazione , costituito dall'affidamento e dalla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione dei servizi.

Il comma 1 bis citato, ha eliminato la cessazione entro il 31 dicembre 2010 (prevista dal comma 8, lett e) per le gestioni dirette, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma, affidati con procedura diversa dalla gara, ai sensi dell'art. 61 della legge 23 luglio 2009 n.99, nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e Bolzano.

Come già detto legge n.99/2009 all'art.61, richiamando l'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007, in vigore dal 3.12.2009, consente alle Regioni e agli Enti locali di svolgere direttamente i servizi di trasporto pubblico regionale e locale o di affidarli, oltre che mediante una procedura di gara, mediante l' affidamento in house.

Infine il comma 11 della norma più volte citata, dispone l'abrogazione dell'art 113 del TUEL nelle parti incompatibili con la nuova disposizione e dall'altro il comma 10, demanda al regolamento successivo di individuare la normativa di settore applicabile.

In merito alla disciplina del trasporto pubblico locale l'art 12 comma 4 dello schema di regolamento, stabilisce “ *Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007*”. Prosegue il comma 5. “ *Le disposizioni del presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto compatibili con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione*”.

Il quadro si completa con il richiamo al nuovo sistema introdotto dal Regolamento CE, in base al quale: l'autorità competente sceglie (sempre che non intenda erogare direttamente il servizio) l'operatore al quale affidare, mediante un contratto di servizio pubblico, la fornitura e la gestione dei servizi di trasporto pubblico, la fornitura e la

gestione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri sottoposti ad obblighi di servizio pubblico.

L'affidamento avviene mediante un contratto di servizio pubblico con la definizione, tra l'altro, degli obblighi di servizio pubblico che l'operatore deve assolvere e le misure di compensazione per tale assolvimento

Dal ricostruito quadro normativo emerge l'ambito di applicazione della attuale normativa sui servizi pubblici locali, ai sensi dell'art 23 bis L 133/2008 novellato dall'art 15 della L 166/2009 che estende al servizio di trasporto pubblico, tendenzialmente, la nuova disciplina, con le eccezioni e divieti di sanciti dal comma 1 e comma 1 bis dell'art 15 citato.

La disciplina nel suo complesso deve essere comunque ricostruita tenendo conto di quanto disporrà il regolamento attuativo di cui attualmente si conosce soltanto lo schema del 17.11.2009, e della disciplina comunitaria dettata dal Regolamento n.1370/07 che ha abrogato il regolamento n.1170/70, in vigore dal 3 dicembre 2009.

LUISA CAPICOTTO- Avvocato foro di Roma- Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia e delle imprese Università di Pisa
- email: luisa.capicotto@gmail.com